

SECCIÓN 1.^a

FUNDAMENTOS

§ 1. El Derecho penal en sentido formal. Definición y delimitación

I. La sanción (pena y medida) como criterio formal de definición del Derecho penal y la doble vía del sistema de sanciones

El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. Entre sus presupuestos se cuentan ante todo las descripciones de conductas delictivas, como el homicidio (§§ 211 ss. *), las lesiones (§§ 223 ss.), el hurto (§§ 242 ss.), etc., pero también p.ej. las disposiciones sobre error (§ 16 s.), capacidad de culpabilidad (§§ 19 ss.), legítima defensa (§ 32), etc., de las que se deduce en concreto cuándo acarrea sanciones penales una conducta que coincide con una descripción delictiva. Entre las consecuencias se cuentan todos los preceptos sobre sanciones de los §§ 38-76 a, que se ocupan de la determinación o configuración de la pena o de la imposición y cumplimiento de medidas de seguridad.

Penas y medidas son por tanto el punto de referencia común a todos los 2 preceptos jurídicos penales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones —pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos—, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.

El StGB cuenta con dos **penas principales**, la pena privativa de libertad (prisión) y la de multa, cuya configuración se describe en detalles en los §§ 38-43, y con dos **penas accesorias**, la pena de privación del patrimonio (§ 43 a) y la de privación del derecho de conducir (§ 44). La diferencia entre pena principal y accesoria consiste en que las penas principales pueden imponerse en su caso por sí solas, mientras que las penas accesorias sólo se pueden imponer junto con la condena a una pena principal; por consiguiente, nadie que haya cometido un delito de circulación puede ser castigado sólo con privación del derecho de conducir, sino que la imposición de dicha pri-

* Los párrafos (§§) sin indicación de ley corresponden al StGB. Los párrafos o apartados se identifican por números romanos, y los núms. o incisos por números árabes.

vacación de ese derecho va unida a que simultáneamente se le condene a una pena privativa de libertad o de multa. Por otra parte, mientras que el StGB sólo prevé dos penas principales, a las que en Derecho penal militar hay que añadir el arresto penal (§ 9 WStG), el § 61 enumera seis medidas de seguridad y corrección, cuyo contenido se regula detalladamente en los preceptos de los §§ 62-72.

- 3 Para comprender el moderno Derecho penal es decisiva la diferencia entre sus dos consecuencias jurídicas, que, prescindiendo por el momento de todas las cuestiones polémicas sobre la función de penas y medidas (vid. sobre ello *infra* § 3) y formulándola del modo más conciso, consiste en lo siguiente: toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro. Así se dice en el § 46 I 1: "La culpabilidad del sujeto es la base de la medición de la pena". Por tanto, si falta la culpabilidad, p.ej. por trastornos mentales (§ 20) o por un error de prohibición invencible (§ 17), está excluida la punición del sujeto. En cambio, aunque falte la culpabilidad, es perfectamente posible imponer una medida de seguridad si el sujeto como consecuencia de su estado "es peligroso para la colectividad" (§ 63 I). P.ej., un asesino enfermo mental no puede ser castigado al faltar la culpabilidad y por ello debe ser absuelto de la acusación de haber cometido un delito de homicidio punible; en su lugar se le puede imponer bajo los presupuestos del § 63 la medida de seguridad de "internamiento en un hospital psiquiátrico". Ahora bien, pena y medida de seguridad no necesariamente guardan entre sí una relación de alternatividad, sino que frecuentemente se aplican también conjuntamente. Así si en la comisión de un delito de tráfico culpable se deduce de las circunstancias que el autor "no es apto para conducir vehículos" (§ 69 I 1), junto a la condena a una pena de prisión o de multa se le impondrá la medida de seguridad de privación del permiso de conducir (¡que no debe confundirse con la mencionada pena accesoria de la prohibición de conducir!). Por tanto, es cierto que la culpabilidad no es condición de una medida, pero tampoco la impide. Más bien sucede que la culpabilidad como presupuesto de la pena y la peligrosidad como presupuesto de la medida se encuentran entre sí en relación de dos círculos secantes, por lo que pena y medida pueden presentarse respectivamente como consecuencia jurídica por sí sola, pero también conjuntamente.
- 4 De lo anterior se desprende que la denominación generalmente acuñada de "Derecho penal" realmente es incorrecta. Más exactamente debería llamarse: "Derecho penal y de medidas". Pero la restrictiva denominación "Derecho penal", que por razones de sencillez también se va a seguir aquí, históricamente se explica por el hecho de que las medidas no se introdujeron en el antiguo StGB de 1871 hasta un momento relativamente tardío, concretamente por Ley de 24-11-1933; por tanto la pena había sido antes la única sanción

de la ley. Desde la introducción de las medidas se habla en Derecho alemán de un "sistema de la doble vía" ¹, por contraposición a los sistemas de única vía o monistas, que o bien sólo conocen penas o sólo medidas (cfr. § 3, nm. 62). Políticocriminalmente las medidas se basan en que la pena debido a su vinculación a la culpabilidad sólo puede cumplir insuficientemente la misión de protección de la sociedad. El sujeto no culpable pero peligroso no puede ser castigado, pero no obstante en interés de la población —y concretamente mediante la imposición de una medida— se le puede impedir que cometa otros hechos punibles. En caso de escasa culpabilidad es cierto que sigue siendo posible una pena (según el § 46, correlativamente poco grave), pero frecuentemente la misma no basta para la defensa frente a los peligros procedentes del autor; y entonces hay que prevenirlos mediante una medida prevista en la ley. Por consiguiente, las medidas coinciden con una ineludible necesidad social; por ello, pese a su introducción en el año 1933 no se basan en el patrimonio ideológico nacionalsocialista, sino en trabajos previos de las décadas anteriores y han sido también mantenidas y desarrolladas en la reforma del Derecho penal. La mayoría de los Códigos Penales modernos se basan hoy en el principio de la doble vía.

II. El Derecho penal como Derecho público. Medidas disciplinarias, multas y sanciones administrativas como sanciones no penales

Dado que el Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, no se basa en el 5 principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal), es parte integrante del Derecho público. Si no obstante por lo general se divide la materia jurídica en los tres grandes campos del Derecho civil, el Derecho público y el Derecho penal, con ello se desmembra e independiza el Derecho penal del Derecho público en sentido estricto por razones tradicionales y por su especial significación; pero ello no cambia para nada su pertenencia sistemática al Derecho público en sentido amplio.

No pertenecen al Derecho penal, sino al Derecho público en sentido estricto, 6 aquellos preceptos que conminan la conducta antinormativa con otras sanciones distintas de las del Derecho criminal. Así el Derecho disciplinario de diversos *status* profesionales (p.ej. de los funcionarios) no es Derecho penal, porque el castigo disciplinario de infracciones no es una pena en el sentido

¹ La doble vía se remonta al penalista suizo Cari Stooss (1849-1934), que la había promovido (desde 1893) en sus Proyectos (suizos) de CP (sobre Stooss, para más detalles Kaenel, *Die Kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafrechtstheorien*, 1981). En Alemania su primer paladín fue especialmente el gran político criminal Franz v. Liszt (cfr. sobre él § 3, nm. 12).

de los §§ 38 ss. StGB. Igualmente el Derecho de las contravenciones regulado en la OWiG, cuyas disposiciones en parte son similares o iguales a las del Derecho penal, tampoco es Derecho penal, ya que sus tipos sólo permiten "el castigo con una multa administrativa" (§11 OWiG). Y p.ej. las sanciones que se imponen por desobediencia o conducta indebida ante un tribunal, tampoco son penas en el sentido del Derecho criminal, aunque consistan en privación de libertad o en pagos dinerarios. Por eso el legislador, respecto de esas que antes se denominaban "penas de orden", para evitar malentendidos hoy habla tan sólo de "medios de orden" ("arresto de orden" y "multa de orden"; cfr. los §§ 177 y 178 GVG). De modo absolutamente general el legislador está obligado a utilizar los conceptos de pena de privación de libertad, de arresto, de orden y de multa sólo para sancionar delitos (art. 5 EGStGB).

III. Derecho penal accesorio

7 Por otra parte, el ámbito del Derecho penal va mucho más allá del StGB. Existe un número extraordinariamente grande de leyes de todos los campos del ordenamiento jurídico, que sancionan con pena la vulneración de determinados preceptos contenidos en ellas. A la suma de los preceptos penales contenidos fuera del Código Penal en leyes especiales se la denomina "Derecho penal accesorio"². Por lo general no es objeto de clases especiales en la Universidad; pero la Parte general del Derecho penal, que se trata en este libro, rige para el Derecho penal accesorio exactamente igual que para las descripciones delictivas de la Parte especial del StGB (cfr. art. 1 EGStGB).

IV. El Derecho penal material como parte de la ciencia global del Derecho penal; sus diversas disciplinas

8 El Derecho penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la "materia" de la Justicia penal y se denomina por ello también "Derecho penal material". Este Derecho penal material debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados que sólo junto con el Derecho penal regulan legalmente todo el campo de la Justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos son el Derecho procesal penal, el Derecho de la medición de la pena, el Derecho penitenciario, el Derecho penal juvenil y la criminología.

² El Derecho penal accesorio está recopilado en los Comentarios de Erbs/Kolhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 5.^a ed., 1993 (edición en fascículos intercambiables con entregas complementarias regulares).

1. El **Derecho procesal penal** contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar. Su principal base jurídica la forman en Derecho alemán la Ordenanza Procesal Penal (StPO) de 1-2-1877 y la Ley Orgánica de los Tribunales (GVG) de 27-1-1877.

Bibliografía: Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung (22 redactores), desde 1988; Baumann, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts, ³1979; Beulke, Strafprozeßrecht, 1994; Eser, Einführung in das Strafprozeßrecht, 1983; Fezer, Strafprozeßrecht I y II, Juristischer Studienkurs, 1986; Frank, Strafprozeßrecht, 1986; Gössel, Strafverfahrensrecht, t. I, 1977; t. II, 1979; Henkel, Strafverfahrensrecht, ²1968; Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, ³1993; Katholnigg, Strafgerichtsverfassungsrecht, 1990, suplemento 1991; Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, ²1994; Klein-knecht/Meyer-Goßnert, Strafprozeßordnung, ⁴1993; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 1984; Krey, Strafverfahrensrecht, t. 1, 1988; t. 2, 1990; Kühne, Strafprozeßlehre, ⁴1993; Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar, 24.^a ed., desde 1984; Meurer, Strafprozeßrecht, ³1991; Müller/Sax/Paulus, Kommentar zur Strafprozeßordnung (= **KMR**), 8.^a ed., desde 1986; Müller-Dietz/Jung (eds.), Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens, 1989; Peters, Strafprozeß, ⁴1985; Pfeiffer, Grundzüge des Strafverfahrensrechts, ²1993 (= separata de la Einleitung del Karlsruher Kommentar, ³1993); Roxin, Strafverfahrensrecht, ²⁵1993; idem, Prüfe dein Wissen: Strafprozeßrecht, ¹⁴1994; Rüping, Das Strafverfahren, ²1983; G. Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens an Hand einer Akte, ⁵1992; Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 1990; Schlüchter, Das Strafverfahren, ²1983; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Parte I, ²1964; Parte II, 1957; Nachträge und Ergänzungen a la Parte II, 1967; Nachtragsband II a la Parte II, 1970; Parte III, 1960; Schroeder, Strafprozeßrecht, 1933; Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, de Rudolphi/Frisch/Rogall/Schlüter/Wolter, desde 1986; Weiland, Einführung in die Praxis des Strafverfahrens, 1988; Wieczorek, Strafverfahrensrecht, ⁷1991; Wolf, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, ⁶1987; Zipf, Strafprozeßrecht, ²1976.

2. El **Derecho de medición (o determinación) de la pena** comprende 10 en cambio todas las reglas que son decisorias en cuanto a la clase y cuantía de la pena que se debe imponer. En las últimas décadas se ha desarrollado científicamente hasta convertirse en una disciplina jurídica en buena medida autónoma, pero sistemáticamente pertenece al Derecho penal material, puesto que determina con más precisión las consecuencias de la conducta punible. Por ello los preceptos legales sobre la medición de la pena están contenidos con razón en el StGB (§§ 46-51). Debido a la pertenencia sistemática del Derecho de medición o determinación de la pena al Derecho penal material se tratará también en sus rasgos esenciales en esta exposición (en el tomo II).

Bibliografía: Bruns, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, ²1974; idem, Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis, ²1985; idem, Neues Strafzumessungsrecht?, 1988; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349, 751; Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; Montenbruck, Strafrahen und Strafzumessung, 1983; G. Schäfer, Praxis der Strafzumessung, .1990; Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984.

3. El **Derecho penitenciario** se añade al hecho punible, el proceso penal 11 y la determinación de la pena y contiene todas las disposiciones legales sobre el cumplimiento de la pena de prisión, así como de las medidas privativas de

libertad. A través de la Ley Penitenciaria (StVollzG) de 16-3-1976 se ha producido por primera vez su regulación legal.

Bibliografía: Böhm, Strafvollzug, ²1986; Callies/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, ⁶1994; Driebold (ed.), Strafvollzug. Erfahrungen, Modelle, Alternativen, 1983; Eisenberg, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen, ⁴1994; Eisenhardt, Strafvollzug, 1978; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug, ⁴1991; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Juristischer Studienkurs, ³1987; Müller-Dietz/Kaiser/Kerner, Einführung und Fälle zum Strafvollzug, 1985; Schwind/Blau, Strafvollzug in der Praxis, ²1988; Schwind/Böhm (eds.), Strafvollzugsgesetz, ²1991; Solbach/Hofmann. Einführung in das Strafvollzugsrecht, 1982; Walter, Strafvollzug, 1991; Wassermann (ed.), AK-Strafvollzugsgesetz, ³1990.

4. No por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial clase del autor, el **Derecho penal juvenil** se convierte en un campo del Derecho propio. Trata los delitos de los jóvenes (de 14 a 18 años) y sus consecuencias (sólo parcialmente penales). Su regulación se encuentra en la Ley de Tribunales de Jóvenes (JGG) de 4-8-1953; y contiene preceptos especiales de Derecho material, procesal, de medición de la pena y penitenciario para jóvenes menores (en parte también para jóvenes mayores de edad entre 18 y 21 años), y por tanto, a efectos de sistemática jurídica debe encuadrarse parcialmente en todas las disciplinas antes indicadas.

Bibliografía: Albrecht, Jugendstrafrecht, ²1993; Böhm, Einführung in das Jugendstrafrecht, ²1985; Brunner, Jugendgerichtsgesetz, ⁹1991; Dallinger/Lackner, Jugendgerichtsgesetz, ²1965; Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, ⁵1993; idem, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen, ³1991; Herz, Jugendstrafrecht, ²1987; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Juristischer Studienkurs, ³1987; Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, ²1991; Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, ^u1993.

5. Mientras que los cinco campos indicados hasta ahora (Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho de medición de la pena, Derecho penitenciario y Derecho penal juvenil) son ciencias normativas, es decir que se ocupan de reglas jurídicas y su aplicación, frente a ellas se encuentra la **criminología** como ciencia de la realidad. La misma, si se toma como base su definición más amplia³, es "la ordenada totalidad del saber empírico sobre el delito, los delincuentes, la reacción social negativa y el control de esa conducta". Científicamente representa el lado empírico de todas las disciplinas jurídicas antes citadas.

Bibliografía: Eisenberg, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen, ³1991; idem, Kriminologie, ³1990; Göppinger, Kriminologie, ⁴1980; Herren, Lehrbuch der Kriminologie, t. I, ²1980; t. III: Denktraining in Kriminalistik und Kriminologie, Fallanalysen, 1982; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser, Kriminologie. Ein Lehrbuch, ²1988; idem, Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen, ⁸1989; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Juristischer Studienkurs, ³1987; H. Kaufmann, Kriminologie, t. I, 1971; t. III, 1977; Lüderssen, Kriminologie, 1984; Robert, Strafe, Strafrecht, Kriminologie, 1990; Schneider,

³ Kaiser, Kriminologie. Ein Lehrbuch, ²1988, § 1, nm. 2.

Kriminologie,³1993; Schwind, Kriminologie in der Praxis, 1986; idem, Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen,³1993.

Si al Derecho penal material se le añaden los campos jurídicos expuestos 14 en los nm. 9-13, se puede denominar la suma de sus contenidos como la "ciencia global del Derecho penal"⁴. Dentro del campo de esa ciencia global del Derecho penal el Derecho penal material sólo constituye un fragmento limitado. Por ello hay que ser consciente de que para la comprensión científica de la Justicia penal no basta en absoluto el conocimiento del Derecho penal material. El Derecho penal sólo dice qué conducta está prohibida como criminal y con qué penas o medidas se la conmina. Pero este conocimiento le aprovechará poco a quien no sepa si y con qué requisitos se puede llevar a cabo una pretensión penal estatal, o según qué puntos de vista debe determinarse una eventual pena, cómo debe cumplirse, en dónde radican las causas reales de la criminalidad y cómo se puede reconducir lo más posible al delincuente al camino de la legalidad. Además, las soluciones de problemas jurídicos en un campo (p.ej. en el Derecho penal material) pueden depender de los conocimientos obtenidos en otro campo (v.gr. de datos procesales o de perspectivas criminológicas), cuestión en la que habrá que entrar repetidamente en el curso de esta exposición. Un Derecho penal moderno no es imaginable sin una constante y estrecha colaboración de todas las disciplinas parciales de la "ciencia global del Derecho penal". Sin embargo, ciertamente el Derecho penal material es en cierto modo la ciencia base de todo ese campo jurídico; pues la punibilidad de una conducta, que debe determinarse según sus reglas, es —y ello vale en lo sustancial también para el campo del objeto de la criminología, concebido por la mayoría de los autores de modo algo más amplio (cfr. nm. 13)— el presupuesto para que las demás ciencias al servicio de la Justicia penal puedan siquiera ocuparse del caso.

V. La Parte general del Derecho penal material

La "Parte general" del Derecho penal, que constituye el objeto de este libro, 15 es nuevamente sólo un campo parcial del Derecho penal material. Está regulada en el StGB en los §§ 1-79 b, mientras que los §§ 80-358 contienen la "Parte especial". La división de la materia, que nos marca el StGB, está configurada de tal manera que la "Parte especial" proporciona las concretas descripciones de los delitos e indica la pena prevista para cada delito⁵. Por tanto, quien quiera informarse sobre el homicidio (§ 212), lesiones (§§ 223 ss.), hurto

⁴ Por ello la mayor revista especializada de Derecho penal (fundada en 1881 por Franz v. Liszt y Adolf Dochow) lleva el título de "Revista de la Ciencia global del Derecho penal": "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" (= ZStW).

⁵ Sobre la relación de la Parte general respecto de la Parte especial cfr. además § 7, nm. 2.

(§ 242), estafa (§ 263), etc., deberá consultar siempre en la Parte especial. En cambio, la "Parte general" comprende las disposiciones, válidas para todos los delitos, sobre los presupuestos y consecuencias de la conducta punible. En ella se tratan por tanto, por una parte, instituciones jurídicas como la legítima defensa (§ 32), el error (§§ 16 y 17), la tentativa (§§ 22 ss.), autoría y participación (§§ 25 ss.), capacidad de culpabilidad (§§ 19-21), etc.; y por otra parte se regulan en la Parte general también las consecuencias jurídicas del hecho, es decir, sobre todo las diversas penas (§§ 38 ss.) y medidas de seguridad (§§ 61 ss.) en particular. Así pues, la Parte general del StGB es un producto de la abstracción; contiene todo lo que de los presupuestos y consecuencias de la actuación punible se puede extraer y anteponer a los delitos concretos descritos en la Parte especial *. Por ello se explica el carácter básico de este campo material, con el que concuerda que también las cuestiones centrales de la teoría del Derecho penal, como las teorías de la función del Derecho penal y del fin de la pena, tradicionalmente —y aquí también— se discutan en el marco de la Parte general.

* Literalmente el texto habla de todo lo que de los presupuestos y consecuencias de la actuación punible se puede traer "antes del paréntesis" ("*vor die Klammer*") de los delitos concretos descritos en la Parte especial; sobre el significado de esta expresión utilizada en matemáticas cfr. *infra* nota * al § 10, nm. 14 [N. del T.].

§ 2. El concepto material de delito. La pena como protección subsidiaria de bienes jurídicos y su delimitación de sanciones similares a las penales

Bibliografía: Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens etc., Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, t. 15 (1834), 149; v. Liszt, Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8 (1888), 133; Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe, ZStW 17 (1897), 493; Hirschberg, Die Schutzobjekte des Verbrechens, Str. Abh. 113, 1910; Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919; Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Traeger-FS, 1926, 187; Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-FS, t. 1, 1930, 1; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, en: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 108; Schaffstein, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?, DStR 1935, 97; Gallas, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gleispach-FS, 1936, 50; Klee, Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung, DStR 1936, 1; Schaffstein, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStR 1937, 335; Schwinge/Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken, 1937; Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957; Bettiol, Das Problem des Rechtsguts in der Gegenwart, ZStW 72 (1960), 276; Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffes in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), 179; Bockelmann, Recens. de Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten (1957), ZStW 74 (1962), 311; Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", 1962; Michels, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; Gallas, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, 1965; Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 (= Grundlagenprobleme, 1) [= Problemas básicos, 1976, 11]; Bockelmann, Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Radbruch-GS, 1968, 252; Gallas, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 1; Noli, Begriff und Funktion der guten Sitten im Strafrecht, OLG Zweibrücken-FS, 1969, 206; Zipf, Kriminologischer und strafrechtlicher Verbrechensbegriff, MDR 1969, 889; Rudolph!, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Honig-FS, 1970, 151; Otto, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, en: Müller-Dietz (ed.), Straf-rechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, 1; Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; Amelung, Recens. de Marx, Zur Definition des Begriffes "Rechtsgut" (1972), ZStW 84 (1972), 1015; Cramer, Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch, Maurach-FS, 1972, 487; Maiwald, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, Maurach-FS, 1972, 9; Marx, Zur Definition des Begriffes "Rechtsgut", 1972; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (eds.), Die Grundrechte, t. III, vol. 2, ²1972, 909; R. Schmitt, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?, Maurach-FS, 1972, 113; W. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens - Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973; Leferez, Wilhelm Gallas' "Gedanken zum Begriff des Verbrechens" aus kriminologischer Sicht, Gallas-FS, 1973, 65; Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973; Engisch, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Welzel-FS, 1974, 343; Arth. Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Henkel-FS, 1974, 89; Klose, "Ius puniendi" und Grundgesetz, ZStW 86 (1974), 33; Lampe, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, Welzel-FS, 1974, 151; Amelung, Recens. de W. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens (1973), ZStW 87 (1975), 132; W. Hassemer, Recens. de Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft (1972), ZStW 87 (1975), 146; Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht, Schaffstein-FS, 1975, 177; Arth. Kaufmann, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976; Müller-Emmert, Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit, GA 1976, 291; Sax, Tatbestand und "Rechtsgutsverletzung", JZ 1976, 9, 80; Matussek, Zum Inhalt des gegenwärtigen Verbrechens-

begriffes, Kriminalistik 1977, 335; Müller-Dietz, Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgelände, Dreher-FS, 1977, 97; Vogler, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW 90 (1978), 132; Amelung, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 92 (1980), 19; Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; Zipf, Kriminalpolitik, ²1980; Arzt, Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozial-schädlichen Verhaltens, Kriminalpolitik 1981, 117; Balog, Rechtsgüter in Theorie und Praxis, en: Kriminalsoziologische Bibliographie 1981, 51; Noli, Symbolische Gesetzgebung, ZSchwR 100 (1981), 347; Roos, Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, 1981; Kaiser, Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik, Klug-FS, 1983, 579; Arm. Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, 1983; Baumann, Strafrecht als soziale Aufgabe, Noll-GS, 1984, 27; Kunz, Das strafrechtliche Bagatelprinzip, 1984; Naucke, Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, GA 1984, 199; Rudolphi, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 69; Gössel, Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitsbeschränkendes Tatbestandsmerkmal, Oehler-FS, 1985, 97; Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 751; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; Naucke, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985; Volk, Entkriminalisierung durch Straf-würdigkeitskriterien jenseits des Delikt-aufbaus, ZStW 97 (1985), 871; Beck, Risikogesellschaft, 1986; Weigend, Über die Begründung der Straflöslichkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986), 44; P. A. Albrecht, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, 182; Brandt, Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpoenalisierungen im Kriminalrecht, 1988; Calliess, Strafzwecke und Strafrecht, NJW 1989, 1338; W. Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, 553; W. Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, en: Scholler/Philipps (eds.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, 85; W. Hassemer/Mein-berg, Umweltschutz durch Strafrecht, NK 1989, 46; Kratzsch, Prävention und Unrecht - eine Replik, GA 1989, 49; Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; Lenckner/Schittenhelm, Gründe und Grundlagen des strafrechtlichen Verbots, en: Eser/Kaiser (eds.), Viertes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1989, 17; Müller-Dietz, Instrumentelle vs. sozialetische Funktionen des Strafrechts, en: Scholler/Philipps (eds.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, 95; Voß, Symbolische Gesetzgebung, 1989; W. Hassemer, Das Schicksal der Bürgerrechte im "effizienten" Strafrecht, StrV 1990, 328; Kareklas, Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht, tes. doct. Tübingen 1990; Suhr, Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht, JA 1990, 303; Zaczek, Der Begriff "Gesellschaftsgefährlichkeit" im deutschen Strafrecht, en: Lüderssen y otros (eds.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, 113; Amelung, Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 269; Bes-te/Wagner, Strafrecht, gesellschaftliche Sicherheit und demokratische Teilhabe, KrimJ 1991, Beiheft 3, 24; Haffke, Symbolische Gesetzgebung? Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland, KritV 1991, 165; W. Hassemer, Sozialtechnologie und Moral; Symbole und Rechtsgüter, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 329; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; Prittwitz, Funktionalisierung des Strafrechts, StrV 1991, 435; Rengier, Überlegungen zu den Rechtsgütern und Deliktstypen im Umweltstrafrecht, en: Schulz (ed.), Ökologie und Recht, 1991, 33 ss.; Runte, Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre, 1991; Seelmann, Neue Unübersichtlichkeit im Strafrecht?, BewHi 1991, 123; Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; Albrecht y otros (eds.), Strafrecht - ultima ratio, 1992; Greive (ed.), Was taugt das Strafrecht heute?, 1992; W. Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378; Kindhäuser, Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft, Universitas 1992, 227; Köhler, Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäu-bungsmittelstrafrecht, ZStW 104 (1992), 3; Köhler, Rechtsgut, Tatbestandsstruktur und Rechtswidrigkeitszusammenhang, MDR 1992, 739; Kühl, Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, Spindel-FS, 1992, 75; Lampe, Gedanken zum materiellen Straftatbegriff, Rud. Schmitt-FS, 1992, 77; Müller-Dietz, Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung, Rud. Schmitt-FS, 1992, 95; Seelmann, Risikostrafrecht: Die "Risikogesellschaft" und ihre "symbolische Gesetzgebung" im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht, KritV 1992, 452;

Tönnies, Symbolische Gesetzgebung: Zum Beispiel § 175 StGB, ZRP 1992, 411; P. A. Albrecht, Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts, KritV 1993, 163; Baratta, Jenseits der Strafe -Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 393; Bleckmann, Die Überlagerung des nationalen Strafrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht, Stree/Wessels-FS, 1993, 107; Dölling, Die Behandlung der Kleinkriminalität in der BRD, en: Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I, 1993, 1; W. Frisch, An den Grenzen des Strafrechts, Stree/Wessels-FS, 1993, 69; Herzog, Über die Grenzen der Wirksamkeit des Strafrechts, KritV 1993, 247; Hilgendorf, Gibt es ein "Strafrecht der Risikogesellschaft?", NSZ 1993, 10; Jäger, Irrationale Kriminalpolitik, Schüler-Springorum-FS, 1993, 229; Lampe, Ein neues Konzept für die Kleinkriminalität etc., en: Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I, 1993, 55; J. C. Müller, Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes, KrimJ 1993, 82; Naucke, Schwerpunktverlagerung im Strafrecht, KritV 1993, 135; Prittowitz, Strafrecht und Risiko, 1993; Schöch, Entkriminalisierung, Entpönalisierung, Reduktionismus, Schüler-Springorum-FS, 1993, 245; Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts, ZStW 105 (1993), 679; Wolter, Verfassungsrecht im Strafprozeß- und Strafrechtssystem, NSZ 1993, 1.

I. El concepto material de delito

El derecho del legislador a establecer penas, el *tus puniendi*, se desprende 1 del art. 74 n.º 1 GG, pues la atribución que allí se hace del Derecho penal al campo de la legislación concurrente¹ permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar². Pero con ello aún no se ha dicho nada sobre cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla. Esta es la cuestión acerca del "concepto material de delito"³, es decir, de la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible. Mientras que mediante el "concepto formal de delito"⁴, que se discute en los primeros párrafos de este libro, la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio políticocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como "**protección subsidiaria de bienes jurídicos**". Sin embargo, hay que penetrar por toda una jungla de

¹ Después de que el legislador federal ha hecho uso de modo extensivo de su competencia reguladora, hoy el Derecho de los "Länder" tiene una importancia muy escasa para la legislación penal. Sobre la relación entre el Derecho penal federal y el de cada Land cfr. arts. 1-4 EGSStGB, así como Maurach/Zipf, AT/1⁸, § 8 III, y Sch/Sch/Eser²⁴, antes del § 1, nm. 36 ss. Por otra parte, a largo plazo probablemente se llegará a una "cierta superposición del Derecho penal nacional por parte del Derecho penal de la Comunidad europea"; cfr. sobre ello Bleckmann, 1993, 107.

² De otra opinión Klose, ZStW 86 (1974), 33 ss., que sin razón no considera suficiente esa regulación competencial como "base de legitimación" y aboga por ello por un puro "Deredio^g medidas".

³ Cfr. sobre ello Zipf, ²1980, 106 ss.

⁴ El término "delito" se utiliza aquí en sentido amplio, incluyendo también los ".j^fjijbs/menos graves" en el sentido del § 12.

cuestiones polémicas antes de poder unir un sentido seguro y suficientemente claro a esa afirmación.

II. La lesión de un bien jurídico como presupuesto de la punibilidad

- 2 La exigencia de que el Derecho penal sólo puede proteger "bienes jurídicos" ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas. Se partió de la base de que el Derecho penal sólo tiene que asegurar determinados "bienes" previamente dados, como la vida (§§ 211 ss.), la integridad corporal (§§ 223 ss.), el honor (§§ 185 ss.), la Administración de Justicia (§§ 153 ss.), etc., y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido.

1. La exclusión de las meras inmoralidades del Derecho penal

- 3 El primer punto afecta al Derecho penal sexual. En este campo hasta el año 1969, con la tipificación de la homosexualidad entre adultos (§ 175 v. a.), la sodomía (§ 175 b v. a.), la alcahuetería (§ 180 a v. a.), la difusión de pornografía (§ 184 v. a.) y conductas similares, estaban penadas también acciones que ciertamente se consideran inmorales de modo general, pero que, si son realizadas por personas adultas y en caso de participación de varios con recíproco acuerdo y sin molestar a otros, no menoscaban ni "derechos" individuales ni "bienes" en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos⁵. En ellas falta una "real causalidad lesiva"⁶; y por ello, según esta teoría sólo pueden entenderse como infracciones contra "conceptos generales"⁷ como la moral, pero no como lesiones de bienes jurídicos. Durante mucho tiempo constituyó un tema principal de la polémica políticocriminal la cuestión de si se puede lícitamente castigar tales acciones meramente inmorales, pero no lesivas de bienes jurídicos. El Proyecto de StGB, que había presentado en 1962 el Gobierno federal (el denominado P 1962)⁸, aducía p.ej. expresamente a favor su mantenimiento de la punibilidad de la homosexualidad, que no está excluido "conminar penalmente determinados casos de conducta especialmente reprobable éticamente y vergonzosa según la convicción común, aunque con el hecho no se lesione ningún bien jurídico directamente determinable". Frente a esto, el "Proyecto Alternativo de Código Penal" (= PA; cfr. § 4, nm. 20 ss.), presentado en 1966 por catorce catedráticos, precisaba de modo programático en el § 2: "penas y medidas sirven para la protección de los bienes jurídicos" y consecuentemente abogaba por la impunidad de acciones mera-

⁵ Así la definición de Jäger, 1957, 13.

⁶ Jäger, 1957, 13.

⁷ Jäger, 1957, 13.

⁸ BT-Drucks. TV/650, 376.

mente inmorales, pero no lesivas para los derechos de nadie, y con ello por una amplia liberalización del Derecho penal sexual⁹. En la subsiguiente reforma se ha impuesto ampliamente el punto de vista del dogma del bien jurídico. La primera y la cuarta Ley de reforma del Derecho penal, de 25-6-1969 y de 23-11-1973, han reducido la punibilidad en ese campo en lo sustancial a lesiones de la libertad individual y a infracciones frente a menores. De modo característico, el título 13 de la Parte especial, que antes llevaba la rúbrica "Delitos graves y menos graves contra la moralidad", ahora sólo se llama: "Delitos contra la autodeterminación sexual".

2. La exclusión de las contravenciones del Derecho penal

El segundo campo temático en el que podría operar el dogma del bien 4 jurídico se refiere a la delimitación entre hechos punibles y contravenciones. Los autores que han preelaborado científicamente el Derecho contravencional (sobre todo James Goldschmidt, Erik Wolf y Eberhard Schmidt¹⁰) fueron esencialmente codeterminados por la idea de que el Derecho penal tiene que proteger bienes jurídicos previamente dados (es decir, principalmente el clásico canon de los derechos individuales independientes del Estado), mientras que las infracciones de las reglamentaciones estatales, que no protegen bienes ya existentes, sino que se dictan solamente al servicio de las misiones públicas de orden y bienestar, en cuanto desobediencias éticamente incoloras, o sea en cuanto contravenciones, deben castigarse con sanciones no criminales. Así pues, en el sentido de esta concepción, p.ej. la lesión de la integridad física o de la propiedad es por su esencia un hecho punible; en cambio, el aparcamiento incorrecto de un coche o la infracción de una ordenanza sobre empadronamientos o registros administrativos no encajan en el concepto material de delito, ya que el objeto de la prohibición o mandato ha sido absolutamente creado por primera vez por el Estado, o sea que no es preexistente y por ello no es un bien jurídico. A partir de la postguerra el legislador ha ido cumpliendo de modo creciente la exigencia de crear un Derecho contravencional separado del Derecho penal criminal; primero en la Ley penal económica de 1949, después en la OWiG de 1952 y finalmente en la amplia y totalmente renovada OWiG de 1968. Desde el 1-1-1975 todas las antiguas faltas, que antes se castigaban con penas de multa de hasta 500 marcos o de arresto de hasta seis semanas, han sido suprimidas del StGB (§§ 360 ss. v. a.) y en su mayor parte transformadas en contravenciones (administrativas). Y por lo demás también ha aumentado constantemente el número de las contravenciones sancionadas sólo con multa administrativa.

⁹ Ello se expone en concreto en el título "Delitos sexuales" del PA PE (Delitos sexuales), 1968.

¹⁰ Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; E. Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Frank-FS, t. II, 1930, 516; Eb. Schmidt, NiedStrKomm. 1, 1956, 333. Sintetizando Michels, 1963.

III. La idoneidad de las anteriores definiciones de bien jurídico

A pesar de estas evoluciones la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de "bien jurídico" de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido. En primer lugar, no es posible limitarlo a los bienes individuales, ya que el StGB protege muchos bienes jurídicos de la comunidad, como el Estado (§§ 81 ss.), las divisas (§§ 146 ss.) o la Administración de Justicia (§§ 153 ss.), cuya lesión también merece indiscutiblemente una pena desde la perspectiva de un concepto material de delito. Pero en segundo lugar se plantea la cuestión de por qué p.ej. no se puede considerar también las "concepciones morales dominantes" como un bien jurídico colectivo, o, si eso parece demasiado impreciso, por qué no se podría basar la punibilidad de la homosexualidad en un bien jurídico constituido por la "estructura heterosexual de las relaciones sexuales". La falta de cualidad como bien jurídico de determinadas concepciones morales tampoco se puede fundamentar en que a los meros sentimientos o concepciones valorativas generales sencillamente se les niega el reconocimiento como bien jurídico; pues el StGB castiga, sin que nadie lo objete, meras lesiones del sentimiento de piedad (§ 168) o suscitar escándalo público (§ 183 a), a pesar de que en esos casos los daños están sólo en el terreno del mundo de los sentimientos y del decoro.

Igualmente, el intento de delimitar hechos punibles y contravenciones por medio de un concepto de bien jurídico preconcebido es difícilmente practicable. Pues por una parte existen contravenciones, como provocar ruido perturbador para la salud (§117 OWiG), que menoscaban claramente bienes jurídicos preexistentes de los individuos; y por otra parte existen numerosos hechos en el campo de los delitos económicos, tributarios y ambientales, cuyos objetos son creados sólo por reglamentaciones estatales, pero cuya necesidad de pena pese a ello no se puede poner seriamente en duda. Y en general, a la vista de la importancia vital de las misiones de prestación de servicios por parte del Estado no se comprende por qué no se podría considerar como bien jurídico p.ej. el "funcionamiento sin perturbaciones de la Administración".

Tales reflexiones podrían conducir a la perspectiva del denominado concepto "metodológico" de bien jurídico, que entiende por bien jurídico sólo una forma sintética de pensamiento respecto del "sentido y fin de las concretas normas del Derecho penal" ", una "abreviatura de la idea del fin" ¹² y con ello la "ratio legis" ^B de los diversos tipos. Pero de ese modo se habría renunciado

¹ Honig, 1919, 30; en ese sentido tb. Blei, AT¹⁸, § 24 II.

¹² Grünhut, Frank-FS, t. I, 1930, 8.

¹³ Schwinge, 1930, 25.

totalmente al significado del bien jurídico para el concepto material de delito, puesto que, dado que naturalmente el legislador persigue con cada precepto un fin cualquiera, siempre se daría *eo ipso* un bien jurídico y los esfuerzos descritos en los nm. 2-4 sólo habrían valido para solucionar un problema aparente. Dicho concepto sólo sigue teniendo una función como medio de interpretación teleológica ("según el bien jurídico protegido") y para la estructuración sistemática de la Parte especial, pero políticocriminalmente carece de importancia. Ahora bien, el abandono de un concepto políticocriminal en favor de un concepto puramente hermenéutico de bien jurídico sería insatis-factorio: pues por una parte tal formación conceptual no lleva más allá del principio, de todos modos perfectamente conocido, de la interpretación teleológica¹⁴; y por otra parte los problemas materiales que hay tras la discusión políticocriminal justifican proseguir los esfuerzos por lograr un concepto de bien jurídico expresivo en su contenido y limitador del Derecho penal.

Sin embargo, la cuestión de si el concepto de bien jurídico, cuyo creador se considera a 8 Birnbaum¹⁵, tenía ya en la época en que surgió en el siglo XIX un contenido liberal y limitador de la punibilidad, es tan discutida como la conexión que frecuentemente se afirma que existe entre la teoría del bien jurídico y el Derecho penal de la Ilustración, que se había esforzado por restringir la punibilidad a los "daños sociales", derivando también de ello ya la exigencia de impunidad de las meras infracciones contra la moral¹⁶. Sin embargo, esto no es lo que importa en este contexto, dado que en todo caso el concepto de bien jurídico ha asumido esa función en la moderna discusión sobre la reforma, con la que ha de enlazar la discusión actual.

IV. La derivación del bien jurídico de la Constitución

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción⁹ previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución¹⁷. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo,

¹⁴ A cuyo respecto la interpretación "según el bien jurídico protegido" conduce incluso a errores si no se tiene debidamente en cuenta que el legislador sólo protege la mayoría de los bienes jurídicos frente a determinadas formas de ataque.

¹⁵ Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, etc., en: Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, t. 15 (1834), 149 ss.

¹⁶ Decididamente en contra de tales suposiciones Amelung, 1972, dirigiéndose sobre todo contra Sina, 1962, y los autores que le siguen.

¹⁷ Esta concepción es continuación y desarrollo de la expuesta por mí por primera vez en "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", JuS 1966, 377 ss., 381 s. (= Grundlagenprobleme, 1 ss., 12 s.) [= Problemas básicos, 1976, 11 ss., 20 s.; N. del T.]. Las más próximas a ella de las teorías del bien jurídico de la doctrina son las posiciones de Rudolphi, Honig-FS, 1970, 151 ss., y Marx, 1972. En cambio, la determinación conceptual que he mantenido en Roxin, Täterschaft, 1963, ⁵1989, 413, se apoya en Jäger, 1957, cuya influencia sigue siendo perceptible en mis exposiciones de 1966. A favor del concepto constitucional de bien jurídico aquí defendido tb. Schöch, Schüler-Springorum-FS, 1993, 253.

a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los **bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.** Esta definición, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas.

1. Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos

Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos y son inadmisibles. Por tanto no se puede p.ej. exigir bajo pena al ciudadano que tribute reverencia a algo como el sombrero de Geßler * o a otro símbolo cualquiera; pues ello ni sirve a la libertad del individuo en un Estado liberal ni para la capacidad funcional de un sistema social basado en tales principios.

2. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos

Por la misma razón estaría vedado proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídicopenales. Así p.ej., el "mantenimiento de la pureza de la sangre alemana", en el que se basó la prohibición nacionalsocialista de la llamada vergüenza racial, no es un bien jurídico en el sentido aquí descrito. Pero lo mismo valdría también para la obligación de seguir teorías ideológicas menos reprobables.

3. Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos

Por último, hay que dar la razón en el resultado a la teoría descrita en el nm. 3, en cuanto que las meras inmoralidades no lesionan ningún bien jurídico y por ello deben quedar impunes. Así por ejemplo, la punición de relaciones homosexuales u otras consideradas inmorales, mantenidas entre adultos, sólo restringe la libertad del individuo, pero además no sólo es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear con-

* Según las legendarias tradiciones suizas sobre Guillermo Teil, en el siglo xiv Hermann Geßler era el gobernador austríaco que ocupaba el territorio suizo, y en una ocasión expuso su sombrero en el suelo bajo el tilo de Altdorf e hizo saber a la población que tenían que prestarle reverencia cada vez que pasaran ante él, porque el sombrero era lo mismo que si estuviera el gobernador en persona; Teil precisamente fue detenido y castigado por negarse a doblar la rodilla ante el símbolo del tirano, pero luego logró escapar y matar al gobernador, encabezando la rebelión de los suizos contra Austria [N. del T.].

nietos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas. La exclusión de las meras inmoralidades del campo del Derecho penal no significa que tampoco se puedan proteger penalmente en su caso "sentimientos" y similares. El que denigra públicamente la confesión ideológica de otro (§ 166), o sustrae restos cadavéricos (§ 168) o realiza acciones sexuales en público (§ 183 a), por la indignación que con ello provoca en el afectado o en la comunidad perturba la paz pública, sin la que tampoco puede existir un sistema social liberal. En cambio, precisamente eso es lo que falta en las inmoralidades realizadas de común acuerdo y no en público.

4. Otras consecuencias

No es preciso exponer más detalladamente que en estos pocos ejemplos no se agota la utilidad práctica del concepto de bien jurídico. Así, preceptos penales que crearan o aseguraran la desigualdad entre los seres humanos no protegerían ningún bien jurídico; y lo mismo ocurriría con una punición de la expresión de opiniones, que infringiría el art. 5 GG, etc. De ese modo es cierto que del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto; pero el mismo anuda los múltiples resultados de aquéllos y obliga a someter de antemano todo precepto penal a la luz de las limitaciones constitucionales.

5. También las contravenciones lesionan bienes jurídicos

En cambio, no es posible delimitar delitos y contravenciones según el criterio de si una acción lesiona bienes jurídicos preexistentes o solamente infringe normas creadas por el Estado. En efecto, también las contravenciones lesionan bienes jurídicos, puesto que causan daño al individuo (¡ruido perturbador de la tranquilidad o descanso!) o son perjudiciales para el bien común (y con ello mediatamente también para el ciudadano). Incluso una prohibición de aparcamiento tiene la finalidad de impedir un atasco de las calles y asegurar de ese modo el libre comercio y movimiento; por tanto protege un bien jurídico. Sólo sucede algo distinto cuando una regulación estatal sancionadora no permite reconocer ninguna referencia a los cometidos estatales de protección y orden. Pero entonces se tratará de un precepto arbitrario, cuya inadmisibilidad se deriva de los puntos de vista expuestos en nm. 10, y no del problema de la delimitación de hechos punibles y contravenciones.

V. La mutabilidad del concepto de bien jurídico

La concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucio-

nales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico¹⁸. Así por ejemplo, la punición de las acciones exhibicionistas es lícita porque las mismas ponen en peligro la paz pública. Pero si con el transcurso del tiempo se impusiera entre la población la opinión de que tal conducta sólo supone un síntoma de perturbación psíquica no peligroso para la colectividad, su punición no serviría ya para proteger bienes jurídicos, sino para impedir una mera inmoralidad, y tendría que suprimirse. La vinculación de la potestad punitiva al respectivo estado del conocimiento científico se muestra p.ej. en el tratamiento de la pornografía (§ 184). Su difusión entre personas adultas la ha dejado impune en lo sustancial el legislador, coincidiendo con la teoría del bien jurídico aquí mantenida, porque parte de la base de que la visión o lectura privada de dichos escritos, se juzgue como se quiera moralmente, no es socialmente nociva y en algunos casos puede incluso cooperar a eliminar las tensiones psíquicas. No obstante, si se comprobara que el consumo de pornografía o de algunas de sus manifestaciones conduce en fuerte medida a la comisión de delitos sexuales, entonces la limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos ya no se opondría a la penalización.

VI. Cuestiones límite de la protección de bienes jurídicos

Un concepto de bien jurídico como el anteriormente descrito no proporciona una definición de la que se pudieran derivar conclusiones ya acabadas. Un concepto así no es posible y tendría que ser necesariamente erróneo, ya que reduciría la difícil búsqueda de la evolución ulterior correcta a una ciega deducción conceptual. Por el contrario, el concepto de bien jurídico sólo proporciona un criterio de enjuiciamiento que hay que desarrollar en la materia jurídica y que el legislador y el aplicador del Derecho tienen que consultar en la creación e interpretación de cada precepto concreto. El concepto de bien jurídico ha de ser puesto a prueba por tanto en la Parte especial y aquí no puede ser tratado en todas sus consecuencias.

Baste con aludir a que por las dificultades de delimitación en el caso concreto no se puede poner en tela de juicio la capacidad práctica de rendimiento del concepto de bien jurídico, sino que ésta se demuestra precisamente en que el principio del bien jurídico hace visibles los problemas del límite del *ius puniendi* estatal y puede llevar a una solución racional de los mismos. A continuación se indican tan sólo algunas ideas clave para la discusión, cuyo centro de gravedad está en la Parte especial.

1. La punibilidad del homicidio consentido (§ 216), cuya impunidad se reclama frecuentemente con el argumento de que ese hecho no-lesiona ningún bien jurídico¹⁹, se puede

¹⁸ Sobre ello especialmente W. Hassemer, 1973.

¹⁹ Últimamente R. Schmitt, Maurach-FS, 1972, 113 ss.; Marx, 1972, 65 s.

mantener teniendo en cuenta que la concurrencia de una decisión autónoma sobre la propia vida tras la muerte de la víctima sólo se podrá demostrar indubitadamente a lo sumo en los casos de suicidio por propia mano, pero no en caso de actuación de un tercero, y que el mandato de protección de la vida requiere la tabuización por principio de la vida ajena.

2. La punibilidad de la venta de drogas etc. se justifica por la incontrolabilidad, que de lo contrario se produciría, de su difusión y de su peligro para consumidores no responsables, sobre todo también para los jóvenes menores de edad ^{19a}.

3. La "vida en formación", protegida por el § 218, ciertamente no es aún una "persona"; pero a pesar de ello debe ser considerada como bien jurídico, porque la Ley Fundamental (art. 2 II 1) también protege la vida en formación como forma previa de existencia humana (BVerfGE 39, 1). Por eso el legislador puede legítimamente prohibir bajo pena el aborto (sobre la ulterior cuestión de si tb. está obligado a ello, cfr. *infra* nm. 26 s.).

4. Un punto neurálgico lo constituye también el tipo de los malos tratos a animales (§17 TierSchG), que siempre se cita como prueba de que incluso sin lesión de bienes jurídicos ha de admitirse la punición. Y efectivamente cabe preguntar cómo va a ser útil para la libertad del ciudadano o el aseguramiento del sistema social la "protección de la vida y bienestar del animal", a la que quiere servir la TierSchG según sus propias manifestaciones. No obstante, hay que considerar admisible la punición de los malos tratos a los animales. Pero ello no significa que en este caso se proteja una mera concepción moral, sino que hay que partir de la base de que el legislador, en una especie de solidaridad entre las criaturas, también considera a los animales superiores como nuestros semejantes, como "hermanos distintos", y los protege como tales. Según esto, en la protección de la convivencia humana se incluye también, aunque con diferente atenuación, junto a la vida humana en formación la vida de los animales superiores. Su sentimiento de dolor se equipara hasta un cierto grado al del hombre. El § 90 a BGB responde a dicha concepción.

5. Los límites de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos también se ven afectados por los casos, muy discutidos recientemente, de "legislación simbólica" ²⁰. Aquí se trata de preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos. A menudo también sucede que sólo se persigue apaciguar al elector, en cuanto que mediante leyes previsiblemente ineficaces sin embargo se puede suscitar la impresión de que "se hace algo" para combatir acciones y situaciones indeseables. Dado que todas las leyes penales tienen un impacto simbólico más o menos grande por deber operar sobre la formación de la conciencia de la población, los elementos "simbólicos" de la legislación no son inadmisibles de modo general. Todo depende de hasta qué punto se sigue garantizando suficientemente la referencia al bien jurídico. En el caso de preceptos que extienden ampliamente la punibilidad al campo previo a las acciones concretas o que castigan meras manifestaciones de la actitud interna, puede ser absolutamente dudosa su admisibilidad desde los puntos de vista del Estado de Derecho. Sin embargo, todavía queda por realizar una amplia elaboración jurídicopenal y constitucional de la problemática, que hasta ahora ha sido predominantemente analizada por la teoría del Derecho y las ciencias sociales.

6. Sobre la problemática del bien jurídico en los delitos de peligro abstracto y en la lucha contra el riesgo mediante el Derecho penal cfr. nm. 23a-e.

^{19a} Sin embargo, una investigación más exacta debería conducir a una restricción sustancial del actual Derecho penal en materia de estupefacientes; merece leerse al respecto Köhler, ZStW 104 (1992), 3; ídem, MDR 1992, 739.

²⁰ Monografía: Voß, Symbolische Gesetzgebung, 1989; de la restante bibliografía jurídica: Arae-lung, ZStW 92 (1980), 54 ss.; Neumann/Schroth, 1980, 114 ss.; Noli, ZSchwR 1981, 347 ss.; W. Hassemer, NSTZ 1989, 553; Tönnies, ZRP 1992, 411; Müller, KrimJ 1993, 82.

VII. Derecho penal del peligro, Derecho penal del riesgo, aseguramiento del futuro mediante el Derecho penal: ¿el fin de la protección de bienes jurídicos?

La vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que sólo haya punibilidad en caso de **lesión** de bienes jurídicos. Es suficiente una puesta en peligro de bienes jurídicos, que en los delitos de peligro concreto (p.ej. el § 315 c: puesta en peligro del tráfico viario) el propio tipo convierte en requisito de la punibilidad, mientras que en los delitos de peligro abstracto (p.ej. el § 316: conducción bajo influencia de bebidas) los bienes jurídicos protegidos (aquí: vida, integridad corporal, valores patrimoniales) no se mencionan en absoluto en el tipo, sino que constituyen sólo el motivo para la creación del precepto penal. Asimismo, la punibilidad de la tentativa —en la que *per definitionem* no se produce la lesión del objeto de la acción— tampoco está en contradicción con la teoría de la protección de bienes jurídicos. Esta no requiere como presupuesto de la punibilidad nada más que el hecho de que una acción esté dirigida por su tendencia objetiva o subjetiva a la lesión de un bien jurídico ²¹. Más allá de estos casos, tampoco se renuncia a la exigencia de protección de bienes jurídicos por el hecho de destacar que el Derecho penal con sus prohibiciones quiere asegurar valores de la acción (como el respeto a la vida, a la propiedad ajena, etc.). Ello es totalmente correcto en la medida en que el mantenimiento de valores de la acción sirve para la protección de los bienes jurídicos a los que los mismos se refieren. Solamente está vedada la protección de valores de la acción y de la actitud interna "flotantes", cuya lesión no tiene referencia alguna a un bien jurídico.

De todos modos la ampliación del Derecho penal al terreno de la puesta en peligro no está libre de reparos allí donde conduce a incriminaciones cada vez más amplias en el campo previo y con bienes protegidos cada vez más inaprehensibles. Herzog habla por ello en su "Estudios sobre el adelantamiento del Derecho penal al terreno de la puesta en peligro" ^{21a} de una "puesta en peligro del Derecho penal mediante el Derecho penal de la puesta en peligro". Pero su escepticismo va algo más lejos de su objetivo; pues allí donde una conducta peligrosa prohibida está claramente descrita y si es claramente visible su referencia al bien jurídico y tampoco se vulnera el principio de culpabilidad (sobre ello § 11, nm. 119 ss.), entonces son inobjetablemente incluso los delitos de peligro abstracto. Por eso no se podrá renunciar a un tipo como la "conducción bajo influencia de bebidas" (§ 316), que cumple esos requisitos. Por otra parte, cuando el § 29 I n.º 1 BtMG castiga el hecho de "traficar con narcóticos" y la jurisprudencia entiende por tal "toda actividad lucrativa dirigida a la transacción" , incurrirá ya en responsabilidad penal por delito consumado el que promete

²¹ Kratzsch, GA 1989, 56, ve la misión de las normas del Derecho penal en "evitar a tiempo" daños amenazantes para el bien jurídico; y ello incluye según él también dominar los cursos de los acontecimientos dependientes del azar (p.ej. mediante delitos de peligro abstracto); idem, 1985, 119, y con más detalles 257 ss.

^{21a} Ese es el subtítulo de su libro "Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge", 1991; la cita en p. 70. Según Müller-Dietz, "el Derecho penal del peligro es el elemento característico de la sociedad del riesgo" (Rud. Schmitt-FS, 1992, 104).

^{21b} Cfr. solamente BGH StrV 1992, 516 y 517, con Com. de Roxin.

proporcionar drogas, pero no encuentra ningún proveedor. Aquí se le impone entonces la pena de la consumación a una conducta que de antemano sólo se puede referir vagamente a un bien jurídico poco claro (la "salud pública"), llegando a incluir hasta las meras declaraciones de intenciones. Ello ya no es compatible con una concepción del Derecho penal orientada al bien jurídico y se aproxima peligrosamente a un Derecho penal de la actitud interna. Una elaboración exacta de todos los delitos de peligro abstracto, como la que ha efectuado Herzog ^{21c} respecto de los §§ 264 y 324, pondría de manifiesto que muchos de ellos son insostenibles en un Estado de Derecho.

A un contexto similar pertenece la reciente discusión en torno al "Derecho penal del **23b** riesgo", que fue suscitada por el libro del sociólogo Beck sobre la "sociedad del riesgo" ("Risikogesellschaft", 1986) y que ha sido tratada por primera vez monográficamente en la obra de Prittwitz sobre "Derecho penal y riesgo" ("Strafrecht und Risiko", 1993) ^{21d}. En ella se trata de la cuestión de hasta qué punto el Derecho penal está en condiciones de hacer frente con su tradicional instrumental liberal y ajustado al Estado de Derecho, al que también pertenece sobre todo el concepto de bien jurídico, a los modernos riesgos de la vida (como los de tipo atómico, químico, ecológico o de técnica genética). Muchos responden negativamente a esta cuestión y aluden a la necesidad de desactivar las causas sociales de las que surgen tales riesgos. Ahora bien, como eso sólo es posible siempre de modo limitado, lo cierto es que no se podrá renunciar totalmente a la intervención del Derecho penal en este campo. Pero también al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho; y donde ello no sea posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho penal. "Sólo hay espacio para el Derecho penal allí donde las decisiones sobre el riesgo puedan atribuirse individualmente de modo justo" ^{21e}.

Acogiendo y radicalizando parcialmente las tesis de Herzog y Prittwitz, otros represen- **23c** tantes de la "Escuela de Frankfurt" (W. Hassemer, Naucke, P. A. Albrecht) se manifiestan también contra los intentos de combatir los problemas de la sociedad moderna ("medio ambiente, economía, procesamiento de datos, drogas, impuestos, comercio exterior, en una palabra: criminalidad organizada" ^{21f}) mediante un Derecho penal preventivo. Tras esta posición está el temor de que para una intervención efectiva del Derecho penal en esos campos hubiera que sacrificar garantías esenciales del Estado de Derecho. W. Hassemer ^{21g} propone por ello una reducción del Derecho penal a un "Derecho penal nuclear" y propugna resolver los indicados problemas "modernos" mediante un "Derecho de la intervención", que "esté situado entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho civil y el público, y que ciertamente dispondrá de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho penal, pero que a cambio estará dotado de sanciones menos intensas frente a los individuos". De modo similar, Naucke ^{21h} constata un desplazamiento del centro de gravedad "desde el Derecho penal ajustado al Estado de Derecho a la poderosa transacción social", e insiste en una incondicional "exigencia del Derecho penal ajustado al Estado de Derecho, aunque sea a costa de la prevención". P. A. Albrecht ²¹ⁱ diagnostica "erosiones del Derecho penal ajustado al Estado de Derecho" y aboga por una "retirada del Derecho penal

^{21c} Herzog, 1991, 109 ss.

^{21d} Otra bibliografía: P. A. Albrecht, KritV 1988, 182; Beste/Wagner, KrimJ 1991, Beiheft 3, 24; Calliess, NJW 1989, 1338; Greive, 1992; W. Hassemer, NSTZ 1989, 553; idem, StrV 1990, 328; idem, AK, antes del § 1, nm. 480; Hassemer/Meinberg, NK 1989, 46; Hilgendorf, NSTZ 1993, 10; Kindhäuser, Universitas 1992, 227; Prittwitz, StrV 1991, 435; Seelmann, BewHi 1991, 123; idem, KritV 1992, 452.

^{21e} Prittwitz, 1993, 384.

^{21f} W. Hassemer, ZRP 1992, 381; cfr. tb. idem, 1991, 329.

^{21g} W. Hassemer, ZRP 1992, 383.

^{21h} Naucke, KritV 1993, 135, 158, 161. Su discípulo Runte critica tal evolución en su investigación sobre la modificación de las causas de justificación: Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen, 1991, *passim*.

²¹ⁱ P. A. Albrecht, KritV 1993, 163, 180.

de la pretensión de control preventivo abarcándolo todo" y por un giro simultáneo "hacia formas adecuadas de control..., que ya están disponibles en el Derecho civil, el Derecho público y el Derecho social".

- 23d** Stratenwerth ^{2j}, en su ponencia inaugural en las Jornadas de Profesores de Derecho penal celebradas en Basilea en 1993, ha propuesto una "tercera vía" para resolver la cuestión del "aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal". A este respecto se pronuncia en contra de "un Derecho penal puramente funcionalista", que, descuidando las tradicionales garantías del Estado de Derecho, "sólo se orientaría a la finalidad de lograr una defensa lo más eficaz posible frente a los riesgos que amenazan el futuro". Según él, la pena sigue estando "vinculada a reglas diferenciadas de imputación"; y si se desliga de ellas, ya no será una pena, aunque mantuviera tal etiqueta. Pero rechaza igualmente la retirada del Derecho penal del terreno del aseguramiento del futuro propagada por la Escuela de Frankfurt: "Que haya que renunciar a la pena, que es la sanción... más dura que conoce nuestro Derecho, precisamente allí donde están en juego intereses vitales no sólo de los individuos, sino de la humanidad en su totalidad, es algo que considero... inadmisibile". En su lugar recomienda ir más allá de la protección de bienes jurídicos, anclada en el pensamiento antropocéntrico, y —p.ej. en cuestiones de medio ambiente o de tecnología genética— "proteger contextos de la vida como tales, sin que esa necesidad se pueda reconducir a los intereses reales de cualesquiera participantes". Por eso propone proteger jurídicopenalmente "normas de conducta referidas al futuro" sin "retro-referencia a intereses individuales". En su opinión, la teoría jurídicopenal de la imputación, orientada al bien jurídico, no se puede trasladar sin modificaciones a ese nuevo campo de problemas, en el que es necesario un prolongado trabajo en los detalles, pero se puede llegar a soluciones materialmente defendibles "en los delitos relativos al futuro, desde el punto de partida esbozado, en las cuestiones de causalidad y resultado, dolo y conciencia del injusto, autoría y participación, o también de responsabilidad penal de las empresas".
- 23e** Todas éstas son perspectivas atrevidas, que no cabe juzgar en detalle mientras la "nueva" dogmática, que no podría sustituir, sino sólo complementar a la tradicional, ni siquiera sea reconocible en sus perfiles y no se pueda revisar en cuanto a su conformidad con el Estado de Derecho. Es cierto que, como el "futuro" se ve puesto en peligro menos por personas individuales que por colectividades, habrá que desarrollar sobre todo en este campo nuevas estructuras de imputación, como pone de relieve la discusión vivamente apasionada sobre el Derecho penal de las personas jurídicas (cfr. § 8, nm. 56a-c). Pero debe reflexionarse sobre el hecho de que para el mantenimiento de la vida en nuestro planeta los "tipos penales referidos al futuro" sólo podrán realizar una pequeña aportación. En este campo, junto con convenios internacionales y trabajo informativo para cambiar las mentalidades, tendrá que entrar en juego el instrumental de política social de todo el ordenamiento jurídico. Es decir que, aunque nos viéramos forzados a ir aquí y allá más lejos de la protección de bienes jurídicos concretos y a proteger jurídicopenalmente "contextos de la vida" mediante "normas de conducta relativas al futuro", seguiría siendo válido en esa medida el principio de subsidiariedad (nm. 28 ss.). No obstante, aquí se van abriendo paso evoluciones que probablemente cobren gran importancia en el Derecho penal del siglo xxi; pero a lo sumo conducirán a una cierta relativización, y no a un abandono de la idea de bien jurídico.

VIII. Bien jurídico y objeto de la acción

- 24** El bien jurídico⁷ debe distinguirse del concreto objeto de la acción. Así p.ej., en la falsedad documental (§ 267) el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio, pero el objeto de la acción es el documento falsificado en el caso concreto. El objeto de la acción en el hurto es la cosa ajena sustraída,

^{2j} Stratenwerth, ZStW 105 (1993), 679. Las citas se encuentran en las pp. 685 s., 688, 692, 694 s.

y el jurídico protegido, la propiedad y la posesión. A veces parecen coincidir objeto de la acción y bien jurídico, como en los delitos de homicidio, en que la vida humana es tanto el objeto de la agresión como el bien jurídico protegido. Pero esto sólo es así aparentemente; pues el objeto de la acción es la persona concreta cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal. Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.

IX. ¿Son nulas las leyes penales que no protegen bienes jurídicos?

Aún no está definitivamente aclarada la cuestión de si la concreción del 25 concepto material de delito lograda mediante la limitación a la protección de bienes jurídicos tiene sólo efectos políticocriminales, o también jurídicamente vinculantes, con la consecuencia de que sea inválida una norma jurídicopenal que la infrinja. Es cierto que la nulidad de las leyes arbitrarias (nm. 10) no encontrará ninguna contradicción. Pero en cambio, en el caso de normas penales que protegen la "moral" o determinados "valores" (nm. 11 s.), muchos intentan apoyar su validez jurídica invocando la "ley moral", por la cual según el art. 2 I GG se restringe el libre desarrollo de la personalidad. Y así también el BVerfG (E 6, 389 ss., 434), cuando afirmó la constitucionalidad de la norma penal, vigente hasta 1969, contra la homosexualidad entre adultos (§ 175 v. a.), apeló a la tesis de que la ley moral puede "legitimar una intromisión del legislador en la libertad humana que, si no, sería ilícita o de dudosa licitud". Esta opinión no se puede compartir^{21k}, porque la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica. Por ello habrá que interpretar el concepto de la ley moral que en el art. 2 I GG restringe la libertad general de actuación, partiendo del contexto de la Constitución, en el sentido de que dicho concepto "sólo comprende aquellas normas morales elementales, cuya observancia" es precisa "no sólo por ellas mismas, sino también para evitar consecuencias socialmente nocivas"²².

^{21k} Aprob. Jäger, Schüler-Springorum-FS, 1993, 240, que querría ver recogida en la GG la restricción del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos o a la evitación de daños sociales. ²² Rudolphi, Honig-FS, 1970, 161; en el resultado tb. Amelung, 1972, 315.

X. ¿Puede estar obligado el legislador a castigar lesiones de bienes jurídicos?

Un problema similar, en cuanto que tampoco está suficientemente resuelto, es el de si y, en su caso, con qué requisitos el legislador puede estar incluso obligado a penar una conducta lesiva de bienes jurídicos. Lo que es seguro es que por regla general no existe un mandato constitucional de punición que vaya más allá del art. 26 I GG ²³. Por el contrario, la ponderación entre bien común y libertad individual, así como la delimitación de libertades individuales en colisión, es asunto del legislador, cuyos márgenes de decisión son mucho mayores que los terrenos en que está vinculado. Aquí también es en gran medida cuestión del prudente criterio del legislador decidir si quiere proteger un bien jurídico jurídicopenalmente o con medios del Derecho civil y del Derecho público; e incluso tienen prioridad las posibilidades de protección extrapenal que sean suficientemente eficaces (cfr. al respecto nm. 28 ss.). Así por ejemplo, la privación temporal de una cosa, o sea la sustracción de una cosa ajena sin ánimo de apropiación, en Derecho alemán no es punible por regla general (aunque sí es antijurídica según el § 858 I del BGB [Código Civil] como realización arbitraria de la propia fuerza, y en su caso obliga a la reparación del daño); así pues, quien antes del concierto decisivo le sustraiga a un violinista el instrumento con el que sólo éste ha practicado, pero se lo quiera devolver después, saldrá impune de este hecho. Se puede discutir si no sería más adecuado el castigo en un caso como éste; pero no se puede afirmar que el legislador está obligado a crear un precepto así.

Sin embargo, el BVerfG, en la conocida polémica jurídica en torno a la legislación sobre el aborto, ha declarado inconstitucional la llamada solución de los plazos (es decir, la impunidad del aborto en los tres primeros meses del embarazo) con la fundamentación de que el legislador no puede renunciar por completo a la protección mediante el Derecho penal; y añadiendo que el mismo puede, "en el caso extremo, es decir si no se puede lograr de ningún otro modo la protección requerida por la Constitución,... estar obligado a interponer el medio del Derecho penal para proteger la vida que se está desarrollando" (BVerfGE 39, 1, 45). Esta posición merece aprobación para el caso de destrucción de bienes jurídicos fundamentales bajo los estrictos presupuestos mencionados ²⁴; pues en otro caso el Estado se podría sustraer a su

²³ Art. 26 I GG: "Las acciones que sean idóneas para y ejecutadas con la intención de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos, y especialmente de preparar la ejecución de una guerra de agresión, son inconstitucionales. Y deben ser castigadas penalmente."

²⁴ El tema va más allá del Derecho penal y sólo se puede tratar de modo completo en conexión con los deberes del Estado de protección de derechos fundamentales reconocidos hoy en Derecho constitucional. De la bibliografía jurídicoconstitucional reciente: Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987; E. Klein, Grundrecht-

cometido de asegurar la coexistencia pacífica de los ciudadanos, y con ello se estaría desahuciando a sí mismo²⁵. Sin embargo, la cuestión de si en el caso del aborto la protección de la vida en formación no se habría podido conseguir también o incluso mejor con otros medios distintos de los del Derecho penal, ha seguido siendo polémica. Y también el BVerfG le concede ahora al legislador la posibilidad de proteger la vida en formación por otros medios distintos de los jurídicos penales (BVerfGE 88, 203).

XI. La subsidiariedad de la protección de bienes jurídicos

De lo dicho hasta ahora se desprende ya que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la "*ultima ratio* de la política social" y se define su misión como protección **subsidiaria** de bienes jurídicos²⁶. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza "fragmentaria" del Derecho penal²⁷.

Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer

liehe Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633; Hofmann, Die Pflicht des Staates zum Schutz menschlichen Lebens, F.-W. Krause-FS, 1990, 115; Kriele, Die nicht-therapeutische Abtreibung vor dem Grundgesetz, 1992.

²⁵ Cfr. sobre la gran controversia existente en la doctrina, con ulteriores citas, Rüpke, Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz, 1975; Müller-Dietz, Dreher-FS, 1977, 97; Arndt/Erhardt/Funke, Der § 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht, 1979; Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen, Eichenberger-FS, 1982, 481; Driendl, Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart, 1983; v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, t. I, ³1985, 60.

²⁶ Cfr. Roxin, JuS 1966, 382 (= Grundlagenprobleme, 13 s.) [= Problemas básicos, 1976, 21 s.; N. del T.]; Arth. Kaufmann, Henkel-FS, 1974, 89 ss. Sobre los límites del concepto de subsidiariedad más en detalle Jakobs, AT², 2/26 ss.; sobre la "significación del principio de subsidiariedad para despenalizaciones", Brandt, 1988; P. A. Albrecht, 1992. Sobre las consecuencias para el Derecho penal económico Haffke, KritV 1991, 165.

²⁷ El origen de la expresión se le atribuye generalmente a Binding, Lehrbuch BT, t. I, ²1902, 20 ss. Con más detalles sobre ello Maiwald, Maurach-FS, 1972, 9 ss. (con conclusiones parcialmente diferentes).

intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico. Por ejemplo, las infracciones contractuales habituales se pueden compensar muy bien mediante la acción civil y medidas de ejecución forzosa, por lo que sería inadecuado intervenir en esos casos con el Derecho penal. Sólo si alguien perjudica mediante engaño y con ánimo de lucro a la otra parte de un negocio, el bien jurídico del patrimonio individual se ve menoscabado de modo tan consistente que entra en juego el tipo penal de la estafa (§ 263).

- 30 Aquí hay que ubicar también el problema políticocriminal de la delimitación entre hechos punibles y contravenciones. En virtud de la subsidiariedad de la protección jurídicopenal de bienes jurídicos, el legislador debe estatuir una contravención allí donde una sanción no penal baste para asegurar el fin que persigue. Así sucede sobre todo en caso de delitos que suponen sólo un menoscabo insignificante de bienes jurídicos (cfr. los §§ 111 ss. OWiG). Pero también hay que considerar esa posibilidad cuando una conducta, pese a causar un daño a veces considerable, sólo muestra un escaso contenido de desvalor ético; así en el caso de la imprudencia insignificante, que hoy se castiga muchas veces como infracción criminal, su sanción como contravención podría cumplir la misma función de protección, tanto más cuanto que el deber de indemnización civil despliega un considerable efecto preventivo. En otros casos —p.ej. en algunas formas de conductas nocivas para el medio ambiente— los deberes y sanciones administrativas pueden ser a menudo más eficaces que la persecución penal, que en estos casos frecuentemente tropieza con dificultades para aclarar la responsabilidad individual. También ofrece posibilidades que con mucho no se han agotado aún a efectos de política jurídica la sustitución de soluciones penales por soluciones del Derecho civil. Así tendría pleno sentido —excepto en caso de reincidencia repetida— que los pequeños hurtos en tiendas se compensaran con prestaciones dinerarias al propietario del establecimiento²⁸; y para los hurtos en las empresas, en vez de encomendar tales casos a la Justicia penal, se debería disponer de una regulación jurídica para una "justicia en la empresa" de carácter interno²⁹,

²⁸ Cfr. el *Alternativ-Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl* (Proyecto Alternativo de Ley contra el hurto en tiendas), 1974; sobre la muy controvertida problemática, que tb. fue objeto de las DJT de 1976, cfr. además solamente Meurer, *Bekämpfung des Ladendiebstahls*, 1976, y Schoreit (ed.), *Problem Ladeniebstahl*, 1979, con ulteriores citas; otra bibliografía adicional al respecto se enumera antes del nm. 49.

²⁹ De la abundante bibliografía cfr. solamente el *Alternativ-Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz* (Proyecto Alternativo de Ley sobre regulación de la justicia en la empresa), 1975, y el volumen colectivo de Kaiser/Metzger-Pregizer, *Betriebsjustiz*, 1976; otra bibliografía adicional

como la que ya se practica hoy —pero sin suficientes garantías jurídicas— en la mayoría de los casos.

A diferencia de lo que ocurre en la cuestión de la protección de bienes jurídicos, en que el legislador está sometido a obligados límites relativamente estrictos, la idea de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juego al arbitrio del legislador. Es cierto que teóricamente el principio de proporcionalidad es un principio constitucional básico, por lo que la punición de una infracción insignificante podría ser nula por vulnerar la prohibición de exceso; pero en la práctica hay que negar la inconstitucionalidad mientras el legislador tenga disponibles para infracciones de escasa gravedad penas correlativamente benignas. Y si no hay certeza sobre si otros medios más leves (como las meras sanciones civiles) prometen o no un éxito suficiente, al legislador le está atribuida además una prerrogativa de estimación³⁰. Por ello el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta qué punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la desincriminación p.ej. del hurto en locales comerciales o en las empresas. Pero de todos modos el concepto material de delito también hace posible en la medida expuesta una crítica legislativa fundada, que es imprescindible para el progreso del Derecho penal.

XII. Concepciones discrepantes en la doctrina

Frente a la concepción aquí defendida, una parte de la doctrina le niega a 32 la idea de protección de bienes jurídicos la aptitud para determinar el concepto material de delito (lo que ha de ser así necesariamente entre los partidarios del concepto metodológico de bien jurídico, cfr. nm. 7). Así opina v.gr. Jes-check³¹ que hoy el concepto de bien jurídico sirve en muchas ocasiones para limitar el Derecho penal a la sanción de conductas nocivas (y no meramente chocantes) para la comunidad, pero que ésta "no es una cuestión del concepto de bien jurídico, sino de política criminal, que ciertamente está vinculada a la escala jerárquica de los valores en la Constitución, a los deberes de protección derivados de ella y al principio de subsidiariedad del Derecho penal". De modo similar dice Zipf³², sin recurrir a la idea de la protección de bienes jurídicos, que el "concepto material de delito" está "preconfigurado por el

al respecto se enumera antes del nm. 49. Rechazando las soluciones sectoriales indicadas aquí y en n. 28, Dölling, 1993, 19 ss., con ulteriores citas; cfr. tb. *infra* nm. 50 *in fine*.

³⁰ BVerfGE 37, 104 (118); 43, 291 (347); BVerfG NStZ 1989, 478; para más detalles Kuhlen, 1989, 184 ss.

³¹ Jescheck, AT⁴, § 26 I 2.

³² Zipf, ²1980, 107.

ordenamiento constitucional y por la teoría del Derecho penal. A ese respecto tiene especial importancia la toma de posición a favor de un modelo pluralista del Estado y de la sociedad... En nuestro actual orden social el delito no puede originarse por una ideología discrepante o por una orientación moral diferente". Todo ello contiene elementos esenciales de la teoría que también se defiende aquí. Pero su ubicación dentro del principio de la protección subsidiaria de bienes jurídicos permite una sistematización y concreción de los diversos puntos de vista, sin la que tales declaraciones se quedan fácilmente en lo no vinculante; y así efectivamente Zipf³³, p.ej., no ve en el concepto material de delito un "límite jurídico para el legislador penal", sino que sólo le atribuye una "función de modelo rector".

Por otra parte, Amelung³⁴ pretende basar el concepto material de delito en una teoría del daño social —que debe evitarse mediante conminación penal—, para cuya precisión en su contenido recurre a la moderna teoría de los sistemas sociales (sobre todo Parsons). Ahora bien, esa atención a la funcionalidad para el sistema de una conducta conduce a que se proteja a la persona no por sí misma, sino sólo en interés de la sociedad³⁵, a la que por tanto también se la podría sacrificar sólo con que el sistema permanezca inalterado. Para eludir esa consecuencia, que es radicalmente contrapuesta a la dirección liberal de la idea del bien jurídico, Amelung quiere restringir su concepción mediante las decisiones valorativas fundamentales de la Ley Fundamental (sobre todo los arts. 1 y 2 GG)³⁶. De ese modo puede llegar a resultados similares a los que aquí se defienden; pero la restricción —materialmente necesaria— está en contradicción con el punto de partida y oculta la idea de que el Estado existe para el individuo, que ha de ser protegido por sí mismo y no como parte de todo el sistema social³⁷.

Welzel³⁸ sostiene la opinión de que "la misión central" del Derecho penal no consiste en la protección de bienes jurídicos, sino en asegurar la "vigencia de los valores del acto éticosociales positivos, como el respeto a la vida, salud, libertad, propiedad ajenas, etc.". La "misión primaria del Derecho penal" no es la protección actual de bienes jurídicos, sino "garantizar" la observancia "de los valores del acto de una actitud interna jurídica"³⁹; sin embargo considera "incluida" la "protección de los bienes jurídicos concretos" dentro de la prioritaria protección de los valores elementales de la actitud interna⁴⁰.

³³ Zipf, ²1980, 110 s.

³⁴ Amelung, 1972, 330 ss.; aprob. con precaución Stratenwerth, AT³, nm. 57.

³⁵ Amelung, 1972, 389.

³⁶ Amelung, 1972, 390; pero idem (1991, 269, 278) opina tb. que la Constitución sólo sujeta un poco al legislador.

³⁷ Cfr. la crítica de W. Hassemmer, ZStW 87 (1975), 161 ss.

³⁸ Welzel, Strafr¹¹, 2 [= PG, 1987, 12; N. del T.].

³⁹ Welzel, Strafr¹¹, 3 [= PG, 1987, 13; N. del T.].

⁴⁰ Welzel, Strafr¹¹, 4 [= PG, 1987, 15; N. del T.].

Frecuentemente se le reprocha a esa concepción que se aparta del Derecho 35 penal del hecho y conduce a un Derecho penal de la actitud interna; pero la verdad es que sin razón: pues Welzel no pretende imponer cualesquiera actitudes internas "positivas" por medio del Derecho penal, sino sólo el respeto de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal y el reconocimiento de las normas. Pero ello muestra también que Welzel confunde medios y fines y que su teoría en sus resultados apenas se distingue de la teoría aquí mantenida. En efecto, la estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad pertenece sin duda, como "prevención general positiva", a los cometidos del Derecho penal (cfr. para más detalles § 3, nm. 26 s.), y no a otra cosa conducen las formulaciones de Welzel. Pero la creación de respeto a la vida o propiedad ajena, etc., naturalmente no se produce como fin en sí mismo, sino para evitar daños a bienes jurídicos; con lo que sólo es medio para el fin de la protección de bienes jurídicos.

Tampoco es equivocada, pero sí que da lugar a malentendidos similares, la 36 posición que sitúa con el mismo rango la "infracción del deber" junto a la lesión del bien jurídico⁴¹. Cuando p.ej. Jescheck pretende que "protección de bienes jurídicos y protección de los valores éticosociales de la acción" se "conciban como cometidos equivalentes... del Derecho penal", coincide con la concepción de Welzel, pero con la diferencia de que renuncia a concederle prioridad al aseguramiento de los valores de la acción. No obstante, lo dicho sobre la teoría de Welzel vale también frente a esta concepción: la corrección de la actitud interna es un medio para la protección de bienes jurídicos, y no algo que esté autónomamente junto a ella. Por otra parte, cuando Lenckner alude a que el delito también supone un desvalor de la acción y de la actitud interna, que sintetiza bajo el concepto de la "infracción del deber", con ello no se está diciendo sino que el hecho punible ha de ser antijurídico y culpable (más detalles al respecto § 7); pero eso no cambia para nada el hecho de que la punición de delitos (que sin duda presuponen antijuridicidad y culpabilidad) sólo sirve para proteger bienes jurídicos.

Jakobs⁴² opina que "las modalidades de tipo objetivo y subjetivo irrelevantes 37 para que haya una lesión de bienes", así como los delitos especiales, no se podrían explicar si el fin de las normas se busca únicamente en la protección de bienes jurídicos. Y efectivamente son impunes p.ej. el perjuicio patrimonial sin ánimo de lucro y la sustracción de una cosa sin ánimo de apropiación, a pesar de que la lesión del bien jurídico es la misma que en la estafa (§ 263) o en el hurto (§ 242). Pero si se considera que el cometido del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello no quiere decir que tenga que castigarse toda lesión de bienes jurídicos sin tener en cuenta las modalidades de

⁴¹ Jescheck, AT⁴, § 1 III; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes de los §§ 13 ss., nm. 11.

⁴² Jakobs, AT², 2/16 ss.

la misma; sino que hay que recordar que el Derecho penal sólo protege los bienes jurídicos subsidiariamente y que debe abstenerse de intervenir cuando, como sucede en caso de falta de ánimo de lucro o de apropiación, el problema se puede solucionar con los medios del Derecho civil. También es cierto que difícilmente se podrá negar que los delitos especiales propios, como la prevaricación (§ 336) o la gestión desleal (§ 266), protegen bienes jurídicos; sólo que esos bienes jurídicos no pueden ser lesionados por cualquier persona.

- 38 Prescindiendo de tales diferencias de opiniones (no centrales), la misión del Derecho penal como protección de bienes jurídicos es ampliamente reconocida en la doctrina moderna⁴³. Sin embargo, no se ha ganado mucho con ello, ya que el concepto de bien jurídico, aunque no se lo reduzca a la *ratio legis* (nm. 7), se describe del modo más diverso y frecuentemente resulta bastante vaga su operatividad para la elaboración de un concepto material de delito. Así se caracteriza el bien jurídico como "bien vital" reconocido socialmente como valioso⁴⁴, como "valor jurídico" o "interés jurídico"⁴⁵, como interés jurídicamente reconocido "en un determinado bien como tal en su manifestación general"⁴⁶, como "la pretensión de respeto emanada de supuestos de hecho valiosos, en la medida en que los órganos estatales han de reaccionar con consecuencias jurídicas ante su lesión no permitida"⁴⁷, o como "unidad funcional valiosa"⁴⁸. Y Kienapfel⁴⁹ denomina bienes jurídicos a "valores, instituciones y estados jurídicopenalmente protegidos, que son imprescindibles

⁴³ Así tb. Arm. Kaufmann, 1983, 5, constata que "en la ciencia del Derecho penal no se discute seriamente el principio de que la protección de bienes jurídicos es la misión del Derecho penal", y Maurach/Zipf, AT/1³, 19/5, opinan: "Da la impresión de que el concepto de bien jurídico, siempre puesto en duda y hostilizado, se ha impuesto en lo esencial en el pensamiento jurídico actual". Tb. Jakobs, AT², 2/24, pese a su crítica opina que no parece que se vaya a "ganar nada por rechazar esa teoría y precisar el delito, sin pasar por un bien jurídico, mediante la dañosidad social de la conducta". Kienapfel, AT⁴, 39, opina que la idea del bien jurídico pertenece, "pese a algunos ad versarios, hoy más que nunca a los pilares incommovibles del edificio doctrinal del Derecho penal". A favor de la protección de bienes jurídicos como misión primaria del Derecho penal tb. Lenckner/Schittenhelm, 1989, 17, y AK-Hassemer, antes del § 1, nm. 243 ss., que ofrece una amplia panorámica sobre el estado de la discusión. Manifiestan un escepticismo de principio frente al concepto de bien jurídico, además de Amelung, 1972, 330 ss., sobre todo Bockelmann/Volk, AT⁴, § 3 II. Le atribuye sólo una modesta operatividad al concepto de bien jurídico W. Frisch, Stree/Wessels-FS, 1993, 71 ss. Para una panorámica sobre los intentos de determinación conceptual de bien jurídico y objeto del hecho cfr. Suhr, JA 1990, 303. MüUer-Dietz, Rud. Schmitt-FS, 1992, 115, registra un "saldo más bien decepcionante" del debate sobre el bien jurídico y ofrece una instructiva panorámica sobre los restantes esfuerzos por delimitar el Derecho penal partiendo de otras bases muy variadas. Sobre "límites de Derecho natural a la conducta merecedora de pena": "Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens" (con especial consideración de Kant) trata el trabajo de Kühl, Spindel-FS, 1992, 75.

⁴⁴ Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes de los §§ 13 ss., nm. 9.

⁴⁵ Baumann/Weber, AT⁹, § 12 II 3 a.

⁴⁶ Maurach/Zipf, AT/1⁸, 19/12.

⁴⁷ Schmidhäuser, StuB AT², 5/27.

⁴⁸ SK³-Rudolphi, antes del § 1, nm. 8; similar Otto, AT⁴, § 1 II 3 b.

⁴⁹ Kienapfel, AT⁴, 39.

para la ordenada convivencia humana". Debido a estas divergencias, que frecuentemente son difícilmente precisables en cuanto a su alcance, el relativo consenso sobre el cometido jurídicopenal de la protección de bienes jurídicos reposa sobre fundamentos inseguros. Por eso el concepto material de delito y la teoría del bien jurídico siguen contándose aún hoy entre los problemas básicos menos clarificados con exactitud del Derecho penal.

Xin. La delimitación por su contenido entre la pena y otras sanciones similares a las penales

1. Delimitación respecto de la multa del Derecho contravencional

Bibliografía: Frank, Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW 18 (1898), 733; J. Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; E. Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Frank-FS, t. II, 1930, 516; Lange, Ordnungswidrigkeiten als Vergehen, GA 1953, 3; Lange, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73; Lange, Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, 519; Lange, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ 1957, 233; Jescheck, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, 457; Eser, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, tes. doct. Würzburg, 1961; Danschacher, Die theoretischen Grundlagen einer Abgrenzung zwischen krimineller Straftat und Ordnungsverstoß, tes. doct. Hamburg, 1963; Michels, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966; Göhler, Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, 583, 613; Eb. Schmidt, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Arndt-FS, 1969, 415; Tiedemann, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; Mattes, Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW 82 (1970), 25; R. Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht, 1970; Cramer, Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, vol. 1, Geschichte und Rechtsvergleichung, 1971; Tiedemann, Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat, ÖJZ 1972, 285; Rotberg, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ⁵1975; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, t. 1, 1976, 115; Knapp, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, JuS 1979, 609; Hirsch, Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 92 (1980), 218; U. Weber, Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt, ZStW 92 (1980), 313; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, vol. 2, Geltendes Recht und Kritik, 1982; Bohnert, Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts, Jura 1984, 11; Delmas-Marty, Die juristischen und praktischen Probleme der Unterscheidung von kriminellem Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht, ZStW 98 (1986), 794; Rebmann/Roth/Herrmann/Förster, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ²1988; Boujong (ed.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ¹⁰1992.

De lo expuesto sobre el concepto material de delito resulta ya que los hechos 39 punibles y las contravenciones no se distinguen por la presencia o falta de una lesión de un bien jurídico (nm. 4, 6), puesto que ambos lesionan bienes jurídicos. En cambio, como también se ha expuesto ya (nm. 30), el principio de subsidiariedad es el criterio de delimitación por su contenido. El legislador debe recurrir a la contravención y a la multa administrativa, en vez de a la incriminación y a la pena, cuando la perturbación social pueda anularse con la sanción menos onerosa (por evitar la pena de prisión y en todo caso los antecedentes penales) del Derecho contravencional mejor o tan bien como con la pena. A veces queda descartada de antemano la pena como sanción: puesto

que la misma sólo se les puede imponer a los hombres (cfr. más en detalle § 8, nm. 54 ss.), las personas jurídicas y las agrupaciones de personas sólo pueden ser sancionadas con multas contravencionales —a veces muy elevadas— (§ 30 OWiG). Pero en la mayoría de los casos la sanción de una conducta como contravención se presenta como posibilidad adecuada cuando una infracción de la ley hace precisa ciertamente una reacción estatal, pero por su menor peligrosidad social ya no una pena criminal (cfr. los supuestos de los §§111 ss. OWiG). Así p.ej., el hecho de indicar un nombre falso a las autoridades (§111 OWiG), o los de penetrar indebidamente en instalaciones militares (§114 OWiG), de provocar un ruido inadmisibles (§117 OWiG) o de otra molestia grosera a la comunidad (§118 OWiG), no se pueden simplemente tolerar; pero para impedir tales conductas basta con la multa administrativa.

De ello se deriva que no existe una diferencia cualitativa para una precisa separación entre hechos punibles y contravenciones (cfr. ya nm. 4, 14). Es cierto que la sent. BGHSt 11, 264, opinaba todavía, invocando a Goldschmidt y Erik Wolf (nm. 4), que la doctrina ha "hallado una diferencia material entre esas dos clases de injusto. El injusto criminal merece un especial juicio de desvalor ético, mientras que el ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia a una orden administrativa". Pero es fácil darse cuenta de que las contravenciones del Derecho de la circulación (§§ 49 StVO, 69 a StVZO) en gran parte, aunque sea en forma de infracciones de peligro abstracto, protegen la vida y la salud y no constituyen de ningún modo una mera "desobediencia a una orden administrativa". Por otra parte, muchos delitos contra el medio ambiente consisten en infracciones de "órdenes administrativas", sin que por ello carezcan de carácter criminal. Tampoco se puede decir que los hechos delictivos necesariamente son éticamente reprobables, y que en cambio las contravenciones son éticamente neutras; pues quien p.ej. circula por la mitad izquierda de la calzada o se excede conscientemente de la velocidad máxima permitida (§§ 2, 3, 49 I n.^{os} 2 y 3 StVO), se comporta de un modo que no es en absoluto éticamente irreprochable. Al contrario, el juicio de desvalor ético en las contravenciones sólo es menor que el de los hechos punibles en la medida en que disminuye su peligrosidad social.

Así pues, la diferencia entre hechos punibles y contravenciones es predominantemente de tipo cuantitativo, y no cualitativo. Ello concuerda —frente a la posición en la que se basó la distinción en sus orígenes— actualmente con la opinión absolutamente dominante⁵⁰. No obstante hay un límite, más allá del cual la cantidad se transforma en cualidad: así no es planteable castigar un asesinato, una toma de rehenes o un atraco a un banco sólo como contravenciones. En el campo nuclear del Derecho penal las exigencias de la protección subsidiaria de bienes jurídicos requieren necesariamente un castigo

⁵⁰ Cfr. n. 54.

penal en caso de delitos de un cierto peso⁵¹. Pero en cambio, aunque en principio se incluyan conductas como el hurto y la estafa en el "ámbito nuclear" y por ello se le asignen al Derecho penal, nada se opondría a que los casos de bagatelas en este campo (como p.ej. el anterior "hurto de comestibles", que actualmente está configurado de forma modificada como delito perseguible sólo mediante denuncia) se calificaran como contravenciones⁵².

De ahí se sigue que la delimitación entre delitos y contravenciones cierta- 42 mente — como siempre sucede al aplicar el principio de subsidiariedad— queda sometida en un amplio terreno fronterizo al arbitrio del legislador (cfr. nm. 31) y no obedece a leyes vinculantes en cuanto a contenidos, pero que en el caso de delitos graves en el ámbito nuclear de la delincuencia la punibilidad está absolutamente prefigurada por criterios de contenido⁵³. Por ello, respecto de la delimitación por su contenido se debería hablar más bien, no de una consideración cuantitativa, sino de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa⁵⁴.

2. Delimitación respecto de las medidas disciplinarias

Bibliografía: Stock, Entwicklung und Wesen des Amtsverbrechens, 1932; Eb. Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1950, 859; Thieme, Vom Wesen des Disziplinarrechts, DVBl 1957, 769; Kugler, Ist das Disziplinarrecht verfassungswidrig?, ZBR 1960, 33; Behnke, Disziplinarrecht und Strafrecht, ZBR 1963, 257; Baumann, Kritische Gedanken zur Disziplinarstrafe, JZ 1964, 612; Hagedorn, Verbot der Doppelbestrafung nach Wehrdisziplinarrecht und (Wehr-) Strafrecht?, NJW 1965, 902; Wiese, Der Verfassungssatz ne bis in idem —Art. 103 III GG— und das Verhältnis von Kriminalrecht und Dienststrafrecht, VerwArch 56 (1965), 203, 354; Arndt, Der Zweck der Disziplinarstrafe, DÖV 1966, 809; Baumann, Der Lichtblick im Disziplinarrecht, JZ 1967, 657; Ostler, Neues im Disziplinarrecht, NJW 1967, 2033; Arndt, Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand, DÖV 1968, 39; Dau, Der Begriff des Dienstvergehens und sein Verhältnis zum Straftatbestand, DVBl 1968, 62; Flidner, Die "Straf"-zwecke der Disziplinarmaßnahmen, ZBR 1969, 208; Barth, Dienstbegriff und außerdienstliches Verhalten im Wehr-, Disziplinar- und Strafrecht, Honig-FS, 1970, 1; Behnke, Bundesdisziplinarordnung, ²1970; Claussen/Janzen, Bundesdisziplinarordnung, ⁵1985; Ukena, Disziplinarrecht und Verbot der Doppelbestrafung, ZBR 1987, 208; Fleig, Das Verbot der Doppelbestrafung im Disziplinarverfahren, Verwaltungsblatt für Baden-Württemberg, 1989, 86; Dau, Wehrdisziplinarordnung, ²1990.

⁵¹ Así tb. p.ej. Maurach/Zipf, AT/1⁸, 1/35; Jakobs, AT², 3/10.

⁵² De otra opinión en este campo, sobre todo Jakobs, AT², 3/10, según el cual "un desplazamiento de la pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio al terreno de las contravenciones" no puede admitirse "en tanto que el principio de protección de la propiedad y el patrimonio deba pertenecer al ámbito nuclear".

⁵³ En este sentido tb. BVerfGE 27, 18 ss., 29 s.

⁵⁴ A favor de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa: Jakobs, AT², 3/9; Maurach/Zipf, AT/1⁸, 1/35; Jescheck, AT⁴, § 7 V 3 b; Sch/Sch/Stree²⁴, antes del § 38, nm. 35; Lang-Hinrichsen, H. Mayer-FS, 1966, 61; Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ¹⁰1992, antes del § 1, nm. 6; Rebmann/Roth/Herrmann/Förster, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ²1988, antes del § 1, nm. 8. A favor de la teoría cuantitativa: Schmidhäuser, LB AT², 8/107; Stratenwerth, AT³, nm. 42; Baumann/Weber, AT⁹, § 4 I 2; Krümpelmann, 1966, 166. A favor de la teoría cualitativa: Bohnert, en: Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 1989, Intr., nm. 110.

Las medidas disciplinarias sirven para el funcionamiento de organizaciones estatales (sobre todo el funcionariado, el ejército y la Administración penitenciaria) y de profesiones (p.ej. los abogados y médicos) especialmente importantes. A ese respecto el Derecho disciplinario está regulado separadamente y en cada caso de modo diferente para cada organización y cada profesión, por lo que aquí no es posible una enumeración de las bases jurídicas ni siquiera medianamente exhaustiva. Indicaremos sólo algunos ejemplos importantes: Respecto de los funcionarios federales rige la Ordenanza disciplinaria federal (*Bundesdisziplinarordnung*) en versión de 20-7-1967, pero que regula sólo las sanciones disciplinarias (repreñión, multa, disminución del sueldo, traslado, separación del servicio, disminución o privación de la pensión de jubilación) y el procedimiento, mientras que las infracciones en el servicio que dan lugar a una sanción disciplinaria se contienen en los §§ 52 ss. BBG y 35 ss. BRRG. A los soldados y militares se les aplica la Ordenanza disciplinaria militar de 4-9-1972 (*Wehrdisziplinarordnung*: WDO), mientras que el concepto de falta en el servicio como tal se contiene en el § 23 SoldG; simples medidas disciplinarias son la repreñión, repreñión grave, multa disciplinaria, restricción de permisos de salida o arresto disciplinario (§18 WDO). Para los jueces hay que acudir a los §§ 63 ss. DRiG, y para los presos, a los §§ 102 ss. StVollzG (cfr. § 1, nm. 11).

De modo absolutamente general se considera el injusto disciplinario no como "un mero *minus* frente al injusto criminal", sino como "un *aliud* por principio" ⁵⁵: "Al contrario de la pena criminal, la medida disciplinaria no puede ser retribución por el hecho cometido..., sino únicamente medio de corrección y medida de protección". Pero esta construcción, que pretende justificar la acumulación de pena y medida disciplinaria y eludir la prohibición del doble castigo (art. 103 III GG), resulta frágil ya por el hecho de que tampoco se puede concebir la pena como retribución ⁵⁶ (para más detalles § 3, nm. 8 ss.). Realmente la delimitación partiendo del objeto de la conducta incorrecta es más bien de tipo cuantitativo y obedece al principio de subsidiariedad: La cuestión depende de si una falta cometida dentro de una organización o de una profesión afecta tanto a la comunidad que hay que reaccionar contra ella con una pena criminal, o si se puede resolver con los medios más benignos de la disciplina interna. Así p.ej., un funcionario que incurre en cohecho conmociona tanto la confianza de la comunidad en la fiabilidad de la Administración estatal, que dicha conducta ha de ser castigada con pena criminal. En cambio, otras faltas en el servicio afectan menos a los intereses de la comunidad, por lo que cabe conformarse con medidas disciplinarias internas.

Cfr. por todos Maurach/Zipf, AT/1⁸, 1/17 s.

Críticamente frente a la doc. dorn, sobre todo Jakobs, AT², 3/11 ss.

Sin embargo, en su configuración el Derecho disciplinario se distingue del 45 Derecho penal en que renuncia en gran medida a tipos exactamente descritos y en que está "orientado al autor". Cuando p.ej. el § 54 BBG dispone que el funcionario ha de "aplicarse con plena dedicación a su oficio; deberá administrar su cargo desinteresadamente y a plena conciencia; su comportamiento dentro y fuera del servicio ha de ajustarse al respeto y la confianza que su profesión requiere", una conducta que infrinja ese precepto no está descrita con la exactitud que requeriría un tipo penal según el art. 103 II GG. Además, la medida disciplinaria sirve unilateralmente para incidir sobre el autor (o sea, para la prevención especial), mientras que la pena criminal pretende esencialmente también la incidencia sobre la generalidad (prevención general).

Según el Derecho vigente, se pueden imponer cumulativamente penas y 46 medidas disciplinarias, ya que el art. 103 III GG solamente prohíbe que una conducta sea "castigada más de una vez con base en las leyes penales generales". Ello es insatisfactorio en muchos aspectos, porque la verdad es que materialmente acaba llevando a una doble sanción. Por eso BVerfGE 21, 379 ss., ha resuelto en el sentido de que al menos una privación de libertad disciplinaria (el arresto disciplinario para los soldados y militares) debe computarse a una pena de prisión. Y el § 8 WDO prescribe ahora obligatoriamente para el caso inverso que en caso de "imposición de un arresto disciplinario... debe computarse otra privación de libertad impuesta"; y también en otros casos, junto a una pena "sólo se impondrán simples medidas disciplinarias, o la disminución de sueldo o de la pensión de retiro, si ello es necesario adicionalmente para mantener el orden militar o si se ha dañado seriamente el prestigio del ejército federal". Una regulación similar se contiene en el § 14 de la Ordenanza disciplinaria federal respecto de los funcionarios.

3. Delimitación respecto de los medios coactivos y de orden de las leyes procesales y leyes análogas

Los medios de orden son sanciones que se imponen por conductas que 47 infringen el orden del proceso. Así p.ej. a los testigos o peritos que dejen de comparecer sin excusa, o que se niegen a prestar declaración o juramento, se les puede imponer una multa de orden y en su caso un arresto de orden (cfr. v.gr. los §§ 51, 70 I y 77 StPO, 380, 390 y 409 ZPO). Además existen medios coactivos, mediante los cuales se obliga a realizar una determinada conducta. Así, para obligar a prestar testimonio se puede ordenar el arresto (§§ 70 II StPO, 390 II ZPO). Para que lleve a cabo acciones insustituibles, se puede compeler al deudor mediante multa coactiva y arresto coactivo (§ 888 ZPO); y en el proceso penal se puede imponer la devolución de cosas mediante medios coactivos (§ 95 II StPO), etc. Mientras que los medios de orden han

de ejecutarse siempre (aunque p.ej. el testigo comparezca o declare posteriormente), los medios coactivos deben revocarse inmediatamente si la conducta que se pretende obligar a cumplir ha sido prestada ya o si resulta superflua.

- 48 Sólo los medios de orden guardan alguna similitud con la pena, mientras que los medios coactivos, dado que tienden exclusivamente hacia el futuro, son comparables más bien a las medidas de seguridad del Derecho penal. En cambio, los medios de orden son sanciones, con las que se reacciona ante una conducta prohibida. Así p.ej., según el § 178 I GVG cabe, frente a las "personas que durante la sesión incurran en una conducta impropia,... imponer y ejecutar de inmediato, a reserva de la persecución en juicio penal, una multa de orden de hasta dos mil marcos o un arresto de orden de hasta una semana". La delimitación por su contenido frente a la conducta punible se deriva aquí también del principio de subsidiariedad. El legislador opina que también puede lograr un desarrollo ordenado del proceso con el medio más benigno de la sanción no penal. Sin embargo, cuando la conducta impropia constituya delito, se producirá, igual que en el caso del castigo disciplinario, el problema de la doble sanción. Por eso el legislador ha intentado una solución en el § 178 III GVG: "Si por el mismo hecho se impusiere posteriormente una pena, la multa de orden y el arresto de orden se le computarán a la pena".

4. Delimitación respecto de las penas privadas

Bibliografía: Grossfeld, Privatstrafe, 1961; Baur, Betriebsjustiz, JZ 1965, 163; Franzheim, Die Verfassungsmäßigkeit der sogenannten Betriebsjustiz, JZ 1965, 459; Kienapfel, Betriebskriminalität und Betriebsstrafe, JZ 1965, 599; Lange, Gesellschaftsgerichte in Ost und West, H. Mayer-FS, 1966, 497; Meyer-Cording, Betriebsstrafe und Vereinsstrafe im Rechtsstaat, NJW 1966, 225; Ernst, Die Ausübung der Vereinsgewalt, tes. doct. Köln, 1969; Flume, Die Vereinsstrafe, Böttcher-FS, 1969, 101; Weitnauer, Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe, Reinhardt-FS, 1972, 179; Westermann, Zur Legitimität der Verbandsgerichtsbarkeit, JZ 1972, 537; Feest, Betriebsjustiz: Organisation, Anzeigebereitschaft und Sanktionsverhalten der formellen betrieblichen Sanktionsorgane, ZStW 85 (1973), 1125; Arzt y otros, Entwurf eines Gesetzes gegen den Ladendiebstahl, Recht und Staat, Heft 439, 1974; Kramer, Ladendiebstahl und Privatjustiz, ZRP 1974, 62; Arzt y otros, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz, Recht und Staat, Heft 447/448, 1975; Carstens, Zivilrechtliche Sanktionen gegen Ladendiebe, ZRP 1975, 268; Ullrich, Luhmann, Betriebsjustiz und Rechtsstaat, 1975; Arzt, Offener oder versteckter Rückzug des Strafrechts vom Kampf gegen den Ladendiebstahl, JZ 1976, 54; Kaiser/Metzger-Pregizer, Betriebsjustiz, 1976; Meurer, Die Bekämpfung des Ladendiebstahls, 1976; Naucke/Deutsch, Gutachten D und E zum 51. DJT, 1976; Rössner, Straf, rechtsreform durch partielle Entkriminalisierung, ZRP 1976, 141; Schoreit, Strafrechtlicher Eigentumsschutz gegen Ladendiebe, JZ 1976, 49, 167; Kuhlmann, Betriebsjustiz und Werkschutz, ZRP 1977, 298; Lohse, Grundgesetz und Betriebsgerichtsbarkeit, Klein-GS, 1977, 288; Schoreit (ed.), Problem Ladendiebstahl, 1979; Wagner, Staatliche Sanktionspraxis beim Ladendiebstahl, 1979; Rosellem/Metzger-Pregizer, Betriebsjustiz und Strafjustiz als alternative Formen der Normdurchsetzung, en: Blankenburg y otros (eds.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, 1980; Zipf, Kriminalpolitik, 1980, 122; Burgstaller, Der Ladendiebstahl und seine private Bekämpfung, 1981; Rehlinger, Ordnungsstrafen im schweizerischen Arbeitsrecht, Noll-GS, 1984, 257; Dölling, Die Behandlung der Kleinkriminalität in der BRD, en: Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I, 1993, 1;

Hamm, *Eigentum im Wandel der Zeiten*, KritV 1993, 213; Lampe, *Ein neues Konzept für die Kleinkriminalität*, etc., en: Lampe (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht*, t. I, 1993, 55.

La pena privada se distingue de la pena criminal en que se basa en un sometimiento voluntario del afectado a la misma. El ejemplo clásico es la pena contractual del § 339 BGB: "Si el deudor le promete al acreedor pagar una suma de dinero como pena para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla en la forma debida, deberá cumplir la pena si incurre en mora". También son penas privadas las penas de las agrupaciones, que se contienen en los estatutos de algunas agrupaciones o asociaciones y cuya licitud reconoce el miembro con su incorporación a las mismas. La pena privada no vulnera el § 92 GG, porque su imposición no es un acto de la jurisdicción.

La importancia práctica de la pena privada va en aumento; y lo notable políticocriminalmente es que en algunos ámbitos se impone en lugar de la pena criminal. Ello sucede sobre todo en el caso de la justicia dentro de la empresa, basada en los convenios colectivos de las empresas, y mediante la cual los delitos menores cometidos en empresas se someten a una regulación interna de la empresa excluyendo la intervención del juez penal. También en el caso de los hurtos en tiendas o comercios, en muchos casos las reclamaciones de indemnización global, incrementadas en una denominada prima de captura, sustituyen a la persecución penal, muy ineficaz en ese ámbito. En principio hay que acoger favorablemente tales desincriminaciones "sectoriales", porque abren un amplio campo de aplicación al principio de subsidiariedad. Sin embargo, para evitar abusos, deberían crearse condiciones marco jurídicas más concretas y establecerse garantías ajustadas al Estado de Derecho. Intentos de ese tipo son los que constituyen los Proyectos de ley contra el hurto en tiendas y comercios (1974) y de ley de regulación de la justicia en la empresa (1975), que han sido publicados por el círculo de los "profesores alternativos" (cfr. § 4, n. 33). En cambio, el grupo de trabajo "Restablecimiento de la unidad del Derecho alemán: Derecho penal" propone un procedimiento frente a faltas intermedio entre el procedimiento de imposición de multa administrativa y el penal para el tratamiento procesal de la pequeña criminalidad (cfr. Lampe, 1993, 55 ss.). Sin embargo, estos intentos y otros similares no han sido hasta ahora capaces de motivar la actuación del legislador.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad

La siguiente relación recoge, de la inabarcable doctrina, las obras más importantes en alemán en los tiempos recientes. La doctrina que se refiere en su mayor parte a la determinación de la pena no se incluye aquí, sino en su lugar correspondiente en el t. II. La doctrina sobre la reforma del Derecho penal, que la mayoría de las veces trata también los problemas fundamentales de las penas y de las medidas de seguridad, se detalla en el § 4.

Bibliografía: v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (= Programa de Marburgo"), ZStW 3 (1883), 1 (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 1, 1905 [reimpr. 1970], 126); Nagler, *Die Strafe*, 1918; Bockelmann, *Strafe und Erziehung*, Gierke-FS, 1950, 27; Preiser, *Das Recht zu Strafen*, Mezger-FS, 1954, 71; Eb. Schmidt, *Vergeltung, Sühne und Spezialprävention*, ZStW 67 (1955), 177; Nowakowski, *Freiheit, Schuld, Vergeltung*, Rittler-FS, 1957, 55; Bockelmann, *Schuld und Sühne*, ²1958; Hartmann, P.J.A. *Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen*, 1958; Stratenwerth, *Schuld und Sühne*, en: *Evangelische Theologie*, 1958, 337; Maurach, *Vom Wesen und Zweck der Strafe*, en: Freudenfeld (ed.), *Schuld und Sühne*, 1960; Piontkowski, *Hegels Lehre über Staat und Recht und seine Strafrechtstheorie*, 1960; Bockelmann, *Vom Sinn der Strafe*, *Heidelberger Jahrbücher* 1961, 25; Gramática, *Principi di difesa sociale*, 1961 (versión alemana: *Grundlagen der Défense Sociale*, 1965); Naucke, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962; Noli, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962; Bockelmann, *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit*, ZStW 75 (1963), 372; H. Kaufmann, *Gramáticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht*, v. Weber-FS, 1963, 418; Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen*, v. Weber-FS, 1963, 98; Rebhan, *Franz v. Liszt und die moderne défense sociale*, 1963; Badura, *Generalprävention und Würde des Menschen*, JZ 1964, 337; Frey (ed.), *Schuld, Verantwortung, Strafe*, 1964; Naucke, *Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant*, SchlHA 1964, 203; Baumann, *Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens*, en: *Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform*, 1965, 135; Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, ²1965; Ancel, *La défense sociale nouvelle*, ²1966 (versión alemana: *Die neue Sozialverteidigung*, 1970); Bianchi, *Ethik des Strafens*, 1966; Bockelmann, *Schuld, Schicksal und Verantwortung des Menschen*, 1966; Naegeli, *Das Böse und das Strafrecht*, 1966; Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, JuS 1966, 377 (= *Grundlagenprobleme*, 1) [= *Problemas básicos*, 1976, 11]; Arth. Kaufmann, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, JZ 1967, 553; Klug, *Abschied von Kant und Hegel*, en: Baumann (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 36; Roxin, *Strafzweck und Strafrechtsreform*, en: Baumann (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 75; Baumann, *Schuld und Sühne als Grundprobleme heutiger Strafrechtspflege?*; en: *Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform*, 1969, 110; Bitter (ed.), *Verbrechen - Schuld oder Schicksal?*, 1969; Henkel, *Die "richtige" Strafe*, 1969; H. Mayer, *Kant, Hegel und das Strafrecht*, Engisch-FS, 1969, 54; Noli, *Strafe ohne Metaphysik*, en: Baumann (ed.), *Mißlingt die Strafrechtsreform?*, 1969, 48; Roxin, *Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, ZStW 81 (1969), 613 (= v. Liszt-GS, 1969, 69 = *Grundlagenprobleme*, 32) [= *Problemas básicos*, 1976, 37]; Ellscheid/Hassemer, *Strafe ohne Vorwurf*, *Civitas - Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, t. 9, 1970, 27 (= Lüderssen/Sack (eds.), *Abweichendes Verhalten*, t. 2, 1975, 266); Hoerster, *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, GA 1970, 272; Melzer, *Die neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion*, 1970; Danner, *Tatvergeltung oder Tätererziehung?*, ²1971; Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, ²1971; Volk, *Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, ZStW 83 (1971), 405; Hoerster, *Aktuelles in Schopenhauers Philosophie der Strafe*, ARSP 1972, 555; Lenckner, *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*, en: Göppinger/Witter (eds.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, 1.1, Parte A, *Die rechtlichen Grundlagen*, 1972, 3; Melzer, *Chancen und Möglich-*

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

keiten der Sozialverteidigung in Deutschland, ZStW 84 (1972), 648; Simson, Behandlung statt Strafe, ZRP 1972, 262; Müller-Dietz, Strafe und Staat, 1973; Roxin, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MSchrKrim 56 (1973), 316 (= Madiener y otros [eds.], Strafrecht und Strafrechtsreform, 1974, 281); Calliess, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; Eser, Resozialisierung in der Krise?, Peters-FS, 1974, 505 (= Lüderssen/Sack [eds.], Abweichendes Verhalten, t. 3, 1977, 276); Gössel, Über die ^Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, t. 1, 1974; Martinson, What works? Questions and Answers about Prison Reform, 1974; Plack, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; Flechtheim, Hegels Strafrechtstheorie, ²1975; Haffke, Wird das materielle Strafrecht von dem geplanten Strafvollzugsgesetz unterlaufen?, MSchrKrim 58 (1975), 40; Haffke, Gibt es ein verfassungsrechtliches Besserungsverbot?, MSchrKrim 58 (1975), 246; Arzt, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; Engelhardt, Psychoanalyse der strafenden Gesellschaft, 1976; Haffke, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, ²1976; Arth. Kaufmann, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Lange-FS, 1976, 27; Haffke, Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance?, en: Lüderssen/Sack (eds.), Abweichendes Verhalten, t. 3, 1977, 291; Kaiser, Resozialisierung und Zeitgeist, Würtenberger-FS, 1977, 359; Weigend, Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA, ZStW 90 (1978), 1083; Jescheck, Die Krise der Kriminalpolitik, ZStW 91 (1979), 1037; Hassemer/Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979; Lange, Ist Schuld möglich?, Bockelmann-FS, 1979, 261; Stratenwerth, Strafrecht und Sozialtherapie, Bockelmann-FS, 1979, 901; Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-FS, 1979, 279; Seelmann, Hegels Strafrechtstheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts", JuS 1979, 687; Jescheck, Der Einfluß der IKV und der AIDP auf die internationale Entwicklung der modernen Kriminalpolitik, ZStW 92 (1980), 997; Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; Pothast, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, 1980; Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980), 637; Kaenel, Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafrechtstheorien, 1981; Frisch, Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 94 (1982), 565; Müller-Dietz, Das Marburger Programm aus der Sicht des Strafvollzuges, ZStW 94 (1982), 599; Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982), 525; Otto, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle, 1982; Schild, Strafe - Vergeltung oder Gnade, SchwZStr 99 (1982), 364; Schöch, Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie, ZStW 94 (1982), 864; Schreiber, Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzptionen, ZStW 94 (1982), 279; Vanberg, Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982; Weigend, Neoklassizismus - ein transatlantisches Mißverständnis, ZStW 94 (1982), 801; Anttila, Neue Tendenzen der Kriminalpolitik in Skandinavien, ZStW 95 (1983), 739; Burgstaller, Sinn und Zweck der staatlichen Strafe, en: Porstner (ed.), Strafrecht, Vergeltung oder Versöhnung, 1983; Arm. Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, 1983; Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; Mir Puig, Die Funktion der Strafe und Verbrechenlehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, ZStW 95 (1983), 413; Kaiser, Zweckstrafrecht und Menschenrechte, SchwJZ 1984, 329; Luzón, Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse, GA 1984, 392; Müller, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984; Schünemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 153; Albrecht, Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, ZStW 97 (1985), 831; Bae, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, 1985; Müller-Dietz, Integrationsprävention und Strafrecht, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 813; Scheffler, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts, 1985; Schöch, Empirische Grundlagen der Generalprävention, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 1081 ss.; Schultz, Krise der Kriminalpolitik?, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 791; Simson, Hugo Grotius und die Funktion der Strafe, Blau-FS, 1985, 651; E. A. Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), 786; Albrecht, Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem, KritV 1986, 55; Backes, Kriminalpolitik ohne Legitimität, KritV 1986, 315; Frehsee, Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht KritV 1986, 105; Griffel, Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit, ZStW 98 (1986), 28; Grimm, Verfassungsrechtliche

Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV 1986, 38; Arth. Kaufmann, Über die gerechte Strafe, H. Kaufmann-GS, 1986, 425; Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986; Kunz, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 (1986), 823; H. Schäfer, Die Prädominanz der Prävention, GA 1986, 49; Baurmann, Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; Dreher, Die Willensfreiheit, 1987; Ebert, Talion und Spiegelung im Strafrecht, Lackner-FS, 1987, 399; Frommel, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, 1987; W. Hassemer, Prävention im Strafrecht, JuS 1987, 257; Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; Köhler, Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, Lackner-FS, 1987, 11; Löf-marck, Neo-Klassizismus in der nordischen Strafrechtslehre und -praxis: Bedeutung und Auswirkungen, en: Eser/Cornils (eds.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, 15; Ro-xin, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, SchwZStr 104 (1987), 356; Scheffler, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Straftatensystems, 1987; Backes, Strafrecht und Lebenswirklichkeit, Maihofer-FS, 1988, 41; Ebert, Das Vergeltungsprinzip im Strafrecht, en: Krummacker (ed.), Geisteswissenschaften - wozu, 1988, 35; Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988; Gössel, Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen, Pfeiffer-FS, 1988, 3; Hartmann, Prävention und Strafe unter besonderer Berücksichtigung der Verkehrskriminalität, Pfeiffer-FS, 1988, 137; Schüler-Springorum, Die Resozialisierung des normalen erwachsenen Straftäters, Maihofer-FS, 1988, 503; Tiemeyer, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStW 100 (1988), 527; Zipf, Neue Entwicklungen bei der Lehre von den Strafzwecken, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 1988, 143; Bertel, Die Generalprävention, Pallin-FS, 1989, 31; Calliess, Strafzwecke und Strafrecht, NJW 1989, 1338; Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehretagung 1989 in Trier, ZStW 101 (1989), 908; Fletcher, Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht, ZStW 101 (1989), 803; Griffel, Widersprüche um die Schuldstrafe - Willensfreiheit und Recht, GA 1989, 193; Moos, Positive Generalprävention und Vergeltung, Pallin-FS, 1989, 283; Platzgummer, Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz, Pallin-FS, 1989, 319; Schumann, Positive Generalprävention, 1989; Streng, Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, ZStW 101 (1989), 273; Zipf, Die Integrationsprävention (positive Generalprävention), Pallin-FS, 1989, 479; Baurmann, Strafe im Rechtsstaat, en: Baurmann/Kliemt (eds.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, 1990, 109; Bielefeldt, Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen. Zu Kants kritischer Begründung des Strafrechts, GA 1990, 108; Bock, Kriminologie und Spezialprävention, ZStW 102 (1990), 504; Burgstaller, Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV/AIDP, ZStW 102 (1990), 637; Dölling, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW 102 (1990), 1; Foth, Bemerkungen zur Generalprävention, NSZ 1990, 219; Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990), 343; Henke, Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis, tes. doct. Bonn, 1990; Kaiser, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?, 1990; Kargl, Instrumentalität und Symbolik der positiven Generalprävention, Kriminalsoziologische Bibliographie 1990, Heft 66/67, 105; Küpper, Schopenhauers Straftheorie und die aktuelle Strafzweckdiskussion, en: Schopenhauer-Jahrbuch 1990, t. 71, 207; Mir Puig, Die begründende und die begrenzendende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102 (1990), 914; Schöch, Zur Wirksamkeit der Generalprävention, en: Frank/Harrer (eds.), Der Sachverständige im Strafrecht/Kriminalitätsverhütung, Forensia-Jahrbuch, t. 1, 1990, 95; Vilsmeier, Empirische Untersuchung der Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen, MSchrKrim 1990, 273; Bock, Ideen und Chimären im Strafrecht, Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 103 (1991), 636; Bönitz, Strafgesetze und Verhaltenssteuerung. Zur generalpräventiven Wirksamkeit staatlicher Strafdrohung, 1991; Ebert, Talion und Vergeltung im Strafrecht, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 249; K. Günther, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 205; Haffke, Zur Ambivalenz des § 21 StGB, R & P 1991, 94; v. Hirsch/Jareborg, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991; Kles-czewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991; Kühl, Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 139; Lampe, Recht und Moral staatlichen Strafens, en: Jung y otros (eds.), Recht

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

und Moral, 1991, 305; Lüderssen, Krise des Resozialisierungsgedankens im Strafrecht?, JA 1991, 222; Roxin, Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik, Gagnér-FS, 1991, 341; Endres, Einstellung zu Straf- und Sanktionszwecken und ihre Messung, MSchrKrim 1992, 309 ss.; Endres, Sanktionszweckseinstellungen im Rechtsbewußtsein von Laien, 1992; Lampe, Unrecht und Schuld, Sühne und Reue, Baumann-FS, 1992, 21; Schultz, Oü est la neige d'antan oder die Strafrechtsreformer von gestern heute, Baumann-FS, 1992, 431; Werner, Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht: Eine modernistische Variante generalpräventiver Tendenzen?, KritV 1992, 433; J.-C. Wolf, Verhütung oder Vergeltung, 1992; Frister, Die Struktur des "voluntativen Schuldelements", 1993; Frommel, Umrisse einer liberal-rechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht, Schüler-Springorum-FS, 1993, 257; v. Hirsch, Censure and Sanctions, 1993; Küper, Paul Johann Anselm Feuerbach als Zeitgenosse, 140 Jahre GA, 1993, 131; Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I: Vorschläge zur prozessualen Behandlung der Kleinkriminalität, 1993; Landau, Die rechtsphilosophische Begründung der Besserungsstrafe. Karl Christian Friedrich Krause und Karl David August Röder, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 473; Lüderssen, Alternativen zum Strafen, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 487; H. Peters (ed.), Muß Strafe sein?, 1993; Prittowitz, Strafrecht und Risiko, 1993; Radzinowicz, Rückschritte in der Kriminalpolitik, ZStW 105 (1993), 247; Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 519; Seelmann, Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?, ARSP 1993, 228.

I. Fin de la pena; las teorías penales

Del cometido del Derecho penal y por tanto de las disposiciones penales 1 hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto. Si el Derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado. Sin embargo, con ello no está decidido, sin más, de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho penal. A esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena, la cual, ciertamente, siempre tiene que referirse al fin del Derecho penal que se encuentra detrás (algo que muy a menudo no se toma suficientemente en consideración) ¹. Desde la antigüedad ² se disputan el fin de la pena tres interpretaciones fundamentales (a continuación ap. 1-3), que incluso hoy siguen determinando la discusión en diversas combinaciones (a continuación ap. 4/5).

1. La teoría de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación)

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la perse- 2 cución de fin alguno socialmente útil³, sino en que mediante la imposición

¹ En cambio, Calliess, NJW 1989, 1338, considera totalmente estéril la discusión sobre fines de la pena y teorías de la pena y aboga por "llevar el Derecho penal al centro, como Derecho constitucional concreto" (p. 1342). Más sobre ello, Calliess, 1974.

² Sobre la historia de las teorías penales v. Hippel, StrafR I, 1925, 459 ss.; Nagler, 1918. De tiempos más recientes, cfr. p.ej. Kaenel, 1081, 28-77; Frommel, 1987.

³ Se discute si la retribución justa puede calificarse, según esta doctrina, como "fin" de la pena.

de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría "absoluta" porque para ella el fin de la pena es independiente, "desvinculado" de su efecto social (lat. *absolutas* = desvinculado). La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión^{3a}: ojo por ojo, diente por diente. Describe el desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que en el desarrollo del curso cultural ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y que por ello creaba paz.

- 3 Sin embargo, lo que a la teoría de la retribución le ha asegurado científicamente durante tanto tiempo una influencia tan predominante, no fue tanto su dignidad histórica o su plausibilidad teórica cotidiana, cuanto más bien su fundamentación a través de la filosofía del idealismo alemán, cuyo significado para el desarrollo de la historia de las ideas de nuestro Derecho penal difícilmente puede ser sobrestimado. Kant⁴ intentó en "La metafísica de las costumbres" (1798) fundamentar las ideas de retribución y justicia como leyes inviolablemente válidas y hacerlas prevalecer con toda nitidez contra todas las interpretaciones utilitaristas (loe. cit., § 49 E D): "Tantos como sean los asesinos que hayan cometido el asesinato, o que asimismo lo hayan ordenado, o hayan colaborado en él, tantos también tendrán que sufrir la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial según las leyes generales y fundamentadas a priori". Y sigue: "La ley penal es un imperativo categórico"; a aquel a quien por motivo de un propósito mundano cualquiera absuelva a un malhechor "de la pena o incluso sólo de un grado de la misma", Kant le invoca una "calamidad": "Pues cuando perece la justicia, ya no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra". Sí, para Kant tiene que haber pena incluso aunque el Estado y la sociedad ya no existieran; incluso si éstos se disolvieran —dice—, "debería ser pre-

A menudo se designa la pena retributiva como "libre de fin" y sólo se ve su "sentido" o "esencia" en la compensación de la culpabilidad. Para resolver esta cuestión todo depende de si se considera aplicable el *concepto* fin sólo a fines sociales, empíricos, o también a la realización de una idea (de la justicia). Si se afirma la segunda posibilidad, lo cual es una cuestión puramente terminológica, entonces puede decirse sin reparo que la teoría absoluta ve el fin de la pena en la retribución justa.

^{3a} Sobre la relación entre Talión y retribución Ebert, 1991, 249.

⁴ Para la introducción a la teoría de Kant, instructivo: Naucke, 1962; Ídem, SchHA 1964, 203; H. Mayer, Engisch-FS, 1969, 74 ss.; Köhler, 1983; idem, 1986; E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 ss.; Bielefeldt, GA 1990, 108; Kühl, 1991, 139.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

viamente ejecutado el último asesino que se encontrara en prisión, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo".

Hegel⁵, en sus "Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho" (1821), 4 uno de los más importantes textos filosóficojurídicos hasta la fecha, llega a unos resultados muy parecidos, al interpretar el delito como negación del Derecho y la pena como la negación de esta negación⁶, como "anulación del delito, que de lo contrario tendría validez" y, con ello, como "restablecimiento del Derecho" (loe. cit., § 99). Dice (loe. cit., § 101): "La anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión". Materialmente, se distingue de Kant sobre todo en que el principio del Talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia de delito y pena, y en esta forma se ha impuesto la teoría de la retribución durante los siguientes 150 años. Sin embargo, Hegel está totalmente de acuerdo con Kant, al no reconocer tampoco metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena: según declara (loe. cit., adición al § 99): "Con la fundamentación de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro."

También las Iglesias de ambas confesiones⁷ han apoyado hasta la época 5 de la postguerra mayoritariamente la teoría de la retribución al concebir la realización de la justicia como mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios.

En la jurisprudencia, la teoría de la retribución ha desempeñado un papel⁶ muy importante hasta tiempos muy recientes. "Cualquier pena criminal es, según su esencia, una retribución mediante la causación de un mal", se declara en BVerfGE 22, 132; y también en muchas otras sentencias del Tribunal Constitucional, se señala⁸, frente a la intimidación y la corrección, la retribución como esencia o fin de la pena. También en las sentencias del BGH, se resalta a menudo de forma predominante la idea de retribución, p.ej., cuando en BGHSt 24, 134, se dice: "la pena no puede desvincularse en cuanto a su contenido ni hacia arriba ni hacia abajo de su determinación como compensación justa de la culpabilidad." De forma análoga, la legislación deja espacio

⁵ Instructivo sobre Hegel: Piontkowski, 1960; Flechtheim, ²1975; Klescewski, 1991; Seelmann, JuS 1979, 687, quien, por cierto —en contradicción con la historia de la recepción—, interpreta a Hegel más en el sentido de la prevención general; cfr. tb. idem, ARSP 1993, 228.

⁶ La fórmula de la pena como "negación de la negación" del Derecho, que a menudo se utiliza como caracterización de la teoría penal de Hegel, no está contenida explícitamente en el texto de Hegel "Líneas fundamentales". Sólo se encuentra en el "Apéndice al § 97", que fue extraído de unos apuntes de clase de Hotho por el discípulo de Hegel, Gans, quien más tarde lo añadió al texto.

⁷ Cfr. las referencias ulteriores en Jescheck, AT⁴, § 8 III 3.

⁸ Cfr. el resumen en Volk, ZStW 83 (1971), 405, así como las referencias en nm. 33.

al principio de retribución. Así, cuando el § 46 I 1 dice: "La culpabilidad del autor es la base para la medición de la pena", esta frase no tiene que interpretarse necesariamente en el sentido de la teoría de la retribución, pero tampoco excluye una interpretación de este tenor.

El mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológicosocial, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Si la pena debe "corresponder" a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad. Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena (§ 46!) y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables.

No obstante, la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria (cfr. nm. 3); pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social. Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. Tampoco la tesis de una "culpabilidad" que hay que retribuir puede fundamentar por sí sola la pena; la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indemostrabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales.

En contra de la teoría de la retribución también hablan sus consecuencias indeseables desde el punto de vista de política social. Una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia.

El atraso del sistema de la ejecución penal alemán, que carecía hasta 1977 de toda base legal, reside esencialmente en la influencia, dominante durante mucho tiempo, de la teoría de la retribución.

Tampoco en la formulación como "teoría de la expiación" puede defenderse 10 la teoría de la compensación de la culpabilidad. Esto se sobreentiende cuando, como corresponde a un uso más amplio del lenguaje, sólo se usa el concepto "expiación" como otra palabra para indicar "retribución". Sin embargo, con la "expiación" se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social. Naturalmente, todo esto es deseable. Pero no puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se da muy raras veces, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza y que, por lo demás, puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuya, sino que ayude.

2. La teoría de la prevención especial

La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuen- 11 tra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla, pues, según esta interpretación, de la "prevención especial" como fin de la pena. La teoría de la "prevención especial", al contrario de la concepción de la pena retributiva, "absoluta", es una teoría "relativa", pues se refiere al fin de prevención de delitos ("relativo" viene del lat. *referre* = referirse a). También esta posición se remonta a los orígenes del pensamiento penal. Ya en Séneca (f 65 d.C), evocando la idea de Protágoras (aprox. 485-415 a.C.) que fue transmitida por Platón (427-347 a.C), se encuentra la formulación clásica de todas las teorías preventivas: "Nam, ut Plato ait: nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur..." ("Pues, como dice Platón: 'Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...'").⁹

Esta tesis se perfeccionó en el tiempo de la Ilustración como teoría inde- 12 pendiente de la prevención especial; más tarde fue arrinconada por la teoría de la retribución, pero hacia finales del siglo XIX la "escuela jurídica penal sociológica" la reavivó de una manera muy influyente hasta hoy. Su portavoz fue Franz v. Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más significativo. Según su concepción, la prevención especial puede actuar de tres formas: **asegurando** a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro

⁹ Séneca, De ira, liber I, XTX-7. Se refiere aquí a Platón, Leyes, 934 a.

de éstos; **intimidando** al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su **corrección**. Conforme a esto, Liszt, en su denominado Programa de Marburgo¹⁰ (1882), que fue fundamental para su trabajo posterior, exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciado según el tipo de autor: la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible. Sobre todo la tercera de las posibilidades de influencia preventivo especial, la corrección, que en lenguaje técnico se denomina resocialización o socialización, ha desempeñado un papel significativo en la postguerra (cfr. nm. 13, y § 4, nm. 15 ss.). La *Internationale Kriminalistische Vereinigung* (IKV: Unión Internacional de Derecho Penal), fundada en 1889 por von Liszt junto con el belga Prins y el holandés van Hamel, contribuyó mucho a la divulgación de los nuevos planteamientos políticocriminales. En 1924 apareció junto a ella la *Association Internationale du Droit Pénale* (AIDP), que todavía hoy sigue existiendo¹¹. En 1937 fue disuelto el grupo alemán de la IKV por los gobernantes de entonces. Después de la guerra fue sobre todo la Sociedad Internacional para la Defensa Social¹², fundada en 1947, la que continuó con el trabajo de Liszt. También el "Proyecto Alternativo de Código Penal" (= PA), publicado en 1966 por penalistas de Alemania Occidental (entre los que se encuentra el autor de este libro) y que ha influido notablemente en la reforma del Derecho penal de la República Federal (sobre esto § 4, nm. 20 ss.), le debe mucho y de forma muy especial a la teoría preventivo especial, y con ello particularmente a Franz v. Liszt¹³ y a las opiniones de la defensa social¹⁴.

- 13 Objetivos sobre todo de prevención especial se han expresado también reiteradamente en la reforma legislativa de la República Federal desde 1969. En el § 46 I 2 de la nueva Parte general se dice acerca de la determinación de la pena: "hay que tomar en consideración las consecuencias que de la pena se pueden esperar para la vida futura del autor en la sociedad". Numerosas innovaciones del sistema de sanciones en la reforma legislativa de Alemania Occidental (para más detalles § 4, nm. 27 ss.) sirven al fin de resocialización, que también se menciona como "fin de la ejecución" en el § 2 de la nueva

¹⁰ Bajo el título "Der Zweckgedanke im Strafrecht" en ZStW 3 (1883), 1; (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, tomo 1, 1905 [reimpr. 1970], 126 ss.). Para la introducción al ideario de Liszt y su significado actual, es interesante el libro colectivo editado con motivo del 50 aniversario de su muerte: "Franz von Liszt zum Gedächtnis", 1969 (= ZStW 81 [1969], fase. 3 [pp. 541-829]), y asimismo los artículos con motivo del 100 aniversario del Programa de Marburgo en ZStW 94 (1982): Naucke (525 ss.); Frisch (565 ss.); Müller-Dietz (599 ss.).

¹¹ Para más detalles Jescheck, ZStW 92 (1980), 997 ss. Un inventario de la "Política criminal tras 100 años de IKV/AIDP" lo proporciona Burgstaller, ZStW 102 (1990), 637.

¹² Gramática, 1961; H. Kaufmann, v. Weber-FS, 1963, 418; Rebhan, 1963; Ancel, ²1966; Melzer, 1970.

¹³ Sobre esto especialmente Roxin, ZStW 81 (1969), 613.

¹⁴ Sobre esto Melzer, 1970, 102 ss.; idem, ZStW 84 (1972), 648 ss.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

Ley Penitenciaria: "En la ejecución de la pena privativa de libertad, el recluso debe conseguir llegar a ser capaz de llevar en el futuro con responsabilidad social una vida sin delitos."

Bajo el efecto de estas reformas, la jurisprudencia más reciente también ha otorgado más amplitud que antes a la idea de resocialización. Así dice el BVerfG (E 35, 202, 235 s. = sentencia Lebach): "Como portador de derechos fundamentales resultantes de la dignidad humana y que garantizan su protección, el delincuente condenado debe tener la oportunidad de integrarse otra vez en la sociedad después del cumplimiento de su pena. Desde la perspectiva del autor este interés por la resocialización surge de su derecho fundamental del art. 2, ap. 1, en relación con el art. 1 GG. Desde la de la sociedad, el principio del Estado social reclama previsiones y acciones sociales estatales" ¹⁵. También el BGH considera ahora, apoyándose en el desarrollo de la reforma del Derecho penal, "que la pena no tiene la misión de practicar la compensación de la culpabilidad por razón de sí ¹⁶ misma, sino que sólo está justificada cuando a la vez se manifiesta como un medio necesario para el cumplimiento de la tarea de protección preventiva del Derecho penal". La cláusula de prevención especial del precepto legal de determinación de la pena permite percibir "un significativo desplazamiento del centro de gravedad hacia el punto de vista de prevención especial" (BGHSt 24, 40, 42).

En tanto la teoría preventivo-especial sigue el principio de resocialización, ¹⁵ que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (cfr. *supra* § 2), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución.

Sin embargo, la puesta en práctica del enfoque preventivo-especial también ¹⁶ suscita problemas, conocidos desde hace mucho tiempo, y que después de los años de la reforma han llevado de nuevo, no obstante, a un escepticismo cada

¹⁵ En el mismo sentido BVerfGE 36, 174 (188); 45, 187 (239).

¹⁶ Correctamente: "de aquella". [Roxin señala que el pronombre correcto es el masculino "*seiner*" (referido al sustantivo, tb. masculino en alemán, "*Vergleich*": compensación, equilibrio), frente al femenino "*ihrer*" (referido al sustantivo femenino "*Schuld*": culpabilidad), que aparece en el texto de la sent. del BGH. En definitiva, que no es correcto "por razón de sí misma", que quiere decir "por razón de la culpabilidad misma", sino "por razón de aquella misma", o sea, "por razón de la propia compensación de la culpabilidad"; N. del T.]

vez más fuerte frente a esta doctrina¹⁶³. Su defecto más grave consiste probablemente en que, al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. Este consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto debería conducir a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada¹⁷ y también, en su caso, a que por un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad. Incluso se podría considerar un tratamiento (re)socializador, cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad, sin que se pudiese probar que hubiese cometido ningún delito hasta el momento. Todas éstas constituirían intervenciones que se saldrían ampliamente de la medida permitida según la teoría de la retribución; limitarían la libertad del individuo más radicalmente de lo que pueda ser deseable y permitido en un Estado liberal de Derecho.

Asimismo, la teoría preventivo-especial se enfrenta con la cuestión de que, de todas formas, con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado. Kant y Hegel veían en ello una violación de la dignidad humana (cfr. sólo la cita de Hegel en nm. 4). Pero también el BVerfG dijo una vez (E 22, 219): "No es misión del Estado... 'corregir' a sus «ciudadanos». Así pues, el art. 1 I GG prohíbe una educación forzosa en cualquier caso por cuanto afecta al núcleo intocable de la personalidad de un adulto.

En efecto, en la política criminal internacional se puede comprobar desde 1975, más o menos, que se produce a menudo un abandono de la idea de resocialización antes dominante y una vuelta a la teoría de la retribución y a la prevención general (nm. 21 ss.)^{17a}. Esta dirección que se opone a un Derecho penal del tratamiento, y que bajo el nombre de "neoclasicismo" adquirió influencia sobre todo en América y en Escandinavia, se dirige sobre todo contra las penas de duración indeterminada y contra el tratamiento forzoso que en estos países se había considerado admisible hasta ese momento por motivo del fin terapéutico criminal¹⁸.

^{16a} Cfr. sobre los problemas de la idea de resocialización de Lüderssen, JA 1991, 222 ss., quien, sin embargo, defiende decididamente la resocialización.

¹⁷ Esto lo preveía el § 19 JGG, pero fue anulado por la 1.^a JGGÄndG de 30-8-1990, basándose en consideraciones políticocriminales, educativas y jurídicoconstitucionales; cfr. BT-Drucks. 11/5829.

^{17a} Esboza una imagen impresionante y sombría de los "retrocesos en la política criminal" y la propagación internacional de modelos autoritarios de la administración de la justicia penal Rad-zinowicz, ZStW 105 (1993), 247.

¹⁸ Sobre Escandinavia cfr. Anttila, ZStW 95 (1983), 739 ss., y Löfmarck, 1987, 15 ss.; sobre América Weigend, ZStW 90 (1978), 1116 s., y ZStW 94 (1982), 801 ss. Acerca de estas tendencias

§3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad §3

Otro punto débil de la prevención especial se encuentra en el hecho de que 19 no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización. Este problema no sólo surge con muchos autores de hechos imprudentes y con autores ocasionales de pequeños delitos, sino también con personas que han cometido delitos graves, pero en los no existe peligro de reincidencia porque el hecho se cometió en una situación de conflicto irrepetible, o cuando las distintas circunstancias temporales hacen imposible su nueva comisión. ¿Cómo va a justificarse desde un punto de vista de prevención especial, por ejemplo, el castigo de los delincuentes violentos del nacionalsocialismo que hoy en día son inofensivos y que viven en sociedad discretamente?

Por último, lo que también contribuyó al desencanto frente a la prevención 20 especial fue la circunstancia de que, a pesar de todos los esfuerzos dentro y fuera del país, no se ha podido desarrollar hasta ahora un concepto para la socialización del reincidente, que sea eficaz en amplia medida. Mientras que la pena de retribución lleva su fin dentro de sí misma y, por lo tanto, es independiente de cualquier "resultado o éxito", la fijación de una meta pre-ventivoespecial se torna sin sentido en el caso de carencia constante de éxito, aunque se la considere correcta teóricamente. Al menos, las dificultades que se interponen en el camino de la realización práctica de los planes de resocialización han llevado no pocas veces a un cansancio resignado, que repercute en el planteamiento mismo. Bajo el lema "nothing works" ¹⁹ (= nada funciona) esta tendencia ha encontrado su expresión más eficaz internacionalmente.

3. La teoría de la prevención general

Finalmente, la tercera de las teorías penales tradicionales no ve el fin de la 21 pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no **especialmente** sobre el condenado, sino **generalmente** sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general.

Fue desarrollada en su forma más eficaz históricamente por Paul Johann 22 Anselm v. Feuerbach (1775-1833), quien es considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho penal alemán ²⁰. Feuerbach derivaba su doc-

internacionales y sobre la defensa de la idea de resocialización contra ellas Roxin, Gagnér-FS, 1991, 341.

¹⁹ Se trata de un resumen abreviado de las tesis de Martinson en su escrito: "What works? Questions and Answers about Prison Reform", 1974.

²⁰ Feuerbach es el padre del filósofo Ludwig v. Feuerbach (1804-1872) y abuelo del pintor Anselm v. Feuerbach (1820-1880). También interesante para estudiantes: Radbruch, P.J.A. Feuerbach, ein

trina de prevención general de la llamada "teoría psicológica de la coacción", desarrollada por él (lingüísticamente correcto: teoría de la coacción psicológica; cfr. sobre ello tb. § 5, nm. 22 s.). Se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una "coacción psíquica" para abstenerse de la comisión del hecho. El manual de Feuerbach²¹ contiene en el § 13 un resumen exacto de esta concepción, tanto racionalista como determinista: "Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido jde un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión"²².

Esta doctrina, al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye asimismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza. También Feuerbach lo vio así (loe. cit., § 16). Para él, "el fin de infligir" la pena está en la "motivación de la eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz). Como la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, aunque, sin embargo, la ejecución debe otorgarle eficacia a la ley, el fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es asimismo la mera intimidación de los ciudadanos por la ley."

La teoría preventivogeneral tiene también hoy en día mucha influencia como teoría de la pena²³. Posee una cierta evidencia de psicología del profano

Juristenleben, 1934,²1957, ³1969 (3.^a ed. edit. por E. Wolf). Además Kipper, P.J.A. Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, ²1989; Naucke, Paul Johann Anselm von Feuerbach, ZStW 87 (1975), 861 ss.; Küper, 140 Jahre GA, 1993, 131.

²¹ P.J.A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1.^a ed. 1801. Aquí citado según la última ed. (14.^a) 1847, 38. Fundamental además su "Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts", 2 tomos, 1799, 1800 (reimpr. 1966). Sobre su teoría: Hartmann, 1958; Naucke, 1962.

²² También invoca a Feuerbach la teoría penal preventivogeneral de Schopenhauer, que última mente se vuelve a tomar más en consideración; cfr. sólo Hoerster, ARSP 1972, 555; Küpper, 1990, 207. Küpper también hace hincapié en la analogía de la teoría preventiva mixta que aquí se apoya (nm. 36 ss.) con la concepción de Schopenhauer.

²³ Ante todo es defendida con mucho énfasis por Schmidhäuser, ²1971, y Hoerster, GA 1970, 272; actualmente se la puede considerar casi dominante, bajo la forma de "prevención general positiva" (nm. 26 s.). Ejemplar en el sentido de la prevención general positiva el manual de Jakobs, AT², 1/1-52. Críticamente sobre la prevención general: E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 ss. Sobre

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

y se justifica asimismo por la consideración de la psicología profunda²⁴ de que muchas personas sólo contienen sus impulsos antijurídicos cuando ven que aquel que se permite su satisfacción por medios extralegales no consigue éxito con ello, sino que sufre graves inconvenientes. Ya Freud²⁵ encontró uno de los "fundamentos del ordenamiento penal humano" en las necesidades de la prevención general: "Cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, debe sentirse el mismo deseo en todos los miembros de la sociedad; para mantener apaciguada esta tentación, es necesario que el que realmente es envidiado, sea privado del fruto de su atrevimiento..." La teoría actual distingue un aspecto negativo y uno positivo de la prevención general²⁶.

El aspecto negativo se puede describir con "el concepto de la intimidación 25 de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes". Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach (nm. 22 s.). Ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una "intimidación" y en que en estas personas tampoco funciona intimidato-riamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados. Políticosocialmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general.

El aspecto positivo de la prevención general "comúnmente se busca en la 26 conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico". Conforme a ello, la pena tiene la misión de "de-* mostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo". Actualmente se le suele atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio.

En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez 27 tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí²⁷: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el "ejercicio en la confianza del De-

la discusión de los modernos enfoques preventivos generales Prittwitz, 1993, 213 ss. Arzt ofrece en su libro "Der Ruf nach Recht und Ordnung" (1976) un análisis ponderado del movimiento americano de *law-and-order* y estudia también el "potencial de un movimiento para el Derecho y el orden en Alemania" (pp. 132 ss.).

²⁴ En contra de la intención de la mayoría de los psicoanalíticos, quienes se preocupan por la exculpación de los autores de los delitos y que a menudo también aspiran a la abolición del Derecho penal (cfr. últimamente Plack, 1974).

²⁵ Sigmund Freud, Totem und Tabu, en: Studienausgabe, t. DC, 1974, 361. Fundamental: Engelhardt, 1976; Haffke, 1976.

²⁶ Para más detalles sobre ello BVerfGE 45, 255 s., donde se encuentran las citas utilizadas en nm. 25 s.

²⁷ Para más detalles Roxin, 1987, 48.

recho²⁸ que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicopenales con el término de "prevención integradora"²⁹.

No cabe duda de que el punto de partida ideológico de la teoría preventivogeneral está claro. En cuanto tiende a la evitación de delitos, está orientada, al contrario de la teoría de la retribución, inmediatamente a la misión de protección del Derecho penal y no pierde tampoco su sentido por un reconocimiento de la prevención especial. Pues no es suficiente, bajo el punto de vista de la evitación del delito, con que la pena actúe sólo sobre los ya reincidentes; más bien es deseable políticosocialmente prevenir además la comisión de delitos en general y desde un principio, y justamente ésta es la meta del planteamiento preventivogeneral.

La teoría preventivogeneral tiene también dos ventajas fundamentales frente a la preventivo especial. En primer lugar, puede demostrar sin compromiso que incluso en ausencia del peligro de repetición del hecho no se debe renunciar totalmente a la pena; la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación. Y en segundo lugar, el principio de la prevención general no tiende a sustituir descripciones claras del hecho por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho; por el contrario, exige disposiciones a ser posible exactas, porque el objeto de la prohibición debe estar fijado exactamente si el ciudadano debe ser motivado a distanciarse de una determinada conducta (cfr. sobre ello tb. § 5, nm. 22 s.).

Finalmente, para la influencia preventivogeneral, es favorable el hecho de que esta teoría se basa ciertamente en suposiciones psicológicosociales, pero, de forma distinta a los esfuerzos de prevención especial (nm. 20), apenas es rebatible por la praxis. Pues, a la objeción de que todo delito demuestra la ineficacia de la prevención general, puede contraponerse siempre que su efectividad se muestra en el hecho de que, con independencia de toda criminalidad, la mayoría de la población se comporta de acuerdo con el Derecho. Hasta qué punto esto es atribuible a los aspectos negativos y positivos de la prevención general, ciertamente todavía es poco claro empíricamente y asimismo difícil

²⁸ Jakobs, 1976, 10, 31 s.

²⁹ El concepto fue utilizado probablemente por primera vez en este sentido por Roxin, Bockelmann-FS, 1979, 305 s. Para más detalles Müller-Dietz, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 813 ss.; Moos, Pallin-FS, 1989, 283 ss.; Zipf, Pallin-FS, 1989, 479 ss.; Mir Puig, ZStW 102 (1990), 914.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

de determinar de forma fehaciente; pero justamente por esta razón, la hipótesis de que la praxis punitiva estatal juega un papel fundamental en ello, apenas es falsificable³⁰.

Por otro lado, el principio de la prevención general también presenta con- 31 siderables deficiencias teóricas y prácticas. En primer lugar, al igual que la prevención especial, no incluye ninguna medida para la delimitación de la duración de la pena. Así, por lo menos la prevención general negativa, se encuentra siempre ante el peligro de convertirse en terror estatal. Pues la idea de que penas más altas y más duras tengan un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente (a pesar de su probable inexactitud) la razón más frecuente de las penas "sin medida". Asimismo, la objeción de que un castigo con fines preventivos atenta contra la dignidad humana tiene más peso en la prevención general que en la prevención especial³¹. Es decir, mientras la resocialización debe ayudar (por lo menos también) al condenado, el castigo por motivos de prevención general sólo pesa sobre el autor por motivo de la comunidad (o sea, de otro) y la facultad para ello requiere una justificación que esta teoría no puede ofrecer por sí misma. Por último, la teoría preventivogeneral comparte el defecto de la teoría de la retribución de no poder dar impulso alguno a la ejecución de la pena. Esto es válido para todas las formas de manifestación de la prevención general en tanto que ésta siempre se dirige a la comunidad y no al autor. Sin embargo rige especialmente para la prevención general negativa. Pues una ejecución de la pena que tiende a la "mera intimidación de los ciudadanos" (Feuerbach), incitará más a la reincidencia que a su evitación y, de esta manera, perjudicará más que beneficiará a la lucha contra la criminalidad.

4. Las teorías unificadoras retributivas

Las teorías mixtas o unificadoras o de la unión, que antes fueron absolu- 32 tamente dominantes y que todavía hoy son determinantes para la jurisprudencia, consisten en una combinación de las concepciones discutidas hasta ahora. Consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente. Así y todo, el fin retributivo tenía originariamente la función absolutamente dominante. "... lo decisivo es... en primer lugar la necesidad de expiación, el fin retributivo de la pena, aunque

³⁰ Sobre "Fundamentos empíricos de la prevención general" cfr. Schöch, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 1081 ss., quien resalta que "la función preventivogeneral del Derecho penal está absolutamente fundamentada empíricamente" (1103 s.). "Sobre la eficacia de la prevención general", además Schöch, 1990, 95; Bönitz, 1991. Sobre "realidad o ilusión de prevención general", Dölling, ZStW 102 (1990), 1. Una "Investigación empírica del efecto intimidatorio de las sanciones jurídicopenales" ofrece Vilsmeier, MSchrKrim 1990, 276. Endres (1992; MSchrKrim 1992, 309) propone un método para abarcar las adaptaciones de la finalidad de la sanción.

³¹ Cfr. sobre esto Köhler, 1983.

junto a ello también el fin intimidatorio. Los otros fines de la pena, el de corrección y el de aseguramiento, pasan frente a aquél a un segundo plano" (RGSt 58, 109). También hoy se acentúa todavía con frecuencia que sólo se debería hablar de una "auténtica" teoría unificadora o mixta "en sentido tradicional" cuando los fines preventivos no tocan el carácter retributivo de la pena y sólo se contemplarían en el marco trazado por la retribución³². Esta teoría hay que rechazarla desde el punto de partida aquí defendido, ya por el hecho de que, como mera modificación de la teoría de la retribución, le son aplicables todas las objeciones formuladas contra ésta (nm. 8-10) y de ahí que actualmente resulte tan difícilmente defendible como ésta.

En las formulaciones más recientes de la teoría de la unión, la retribución, la prevención especial y la prevención general se tratan más bien como fines de la pena de igual rango. Se parte de que ninguna de las teorías penales está ordenada o prohibida por la ley, de forma que —en cierto modo, según las necesidades— puede colocarse en primer plano tanto uno como otro fin de la pena. La toma de posición del BVerfG (E 45, 187, 253 s.) es representativa: "El Tribunal Constitucional federal se ha ocupado repetidamente del sentido y fin de la pena estatal sin haber tomado en principio posición sobre las teorías penales defendidas en la doctrina... Se ha señalado como cometido general del Derecho penal el de proteger los valores elementales de la vida en comunidad. Como aspectos de una sanción penal adecuada se señalan la compensación de la culpabilidad, la prevención, la resocialización del sujeto, la expiación y la retribución por el injusto cometido". La pena criminal es "—sin perjuicio de su cometido de intimidar y resocializar— retribución por el injusto cometido" (BVerfG E 39, 1, 57). También el BGH se mueve en la línea señalada; ya se han expuesto en la discusión de las teorías penales precedentes ejemplos de cómo tan pronto se acentúa especialmente uno como otro punto de vista.

Una teoría mixta de este tenor parte del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas el contenido y los límites de la pena. Pero le falta el fundamento teórico en cuanto sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad y la prevención especial y general. Una "teoría unificadora aditiva"³³ de este cariz no colma las carencias de las diferentes opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido

³² Especialmente claro Maurach, AT, ⁴1971, §6ID (algo matizado pero similar tb. Maurach/Zipf, AT/1⁸, 6/8); Lenckner, 1972, 13.

³³ Sobre ello Roxin, JuS 1966, 387 (= Grundlagenprobleme, 28) [= Problemas básicos, 1976, 33; N. del T.]. En gran parte de acuerdo conmigo Kaenel, 1981, quien señala además la similitud de la interpretación teóricopenal defendida por mí, con la de Cari Stooss (cfr. § 1, n. 1)

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

entre los diferentes fines de la pena, lo cual imposibilita una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social.

Por el contrario, la función de una teoría mixta o unificadora capaz de sostenerse en las condiciones de hoy en día consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción. Se puede hablar aquí de una teoría unificadora preventiva "dialéctica", en cuanto a través de semejante procedimiento las teorías tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis. Esto se detallará a continuación.

5. La teoría unificadora preventiva

a) El fin exclusivamente preventivo de la pena

El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio (cfr. § 2, nm. 9 ss.), también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito^{33a} (cfr. nm. 15, 28). De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos »medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.

La persecución simultánea del fin preventivo general y especial no es problemática donde la pena declarada en la sentencia concreta es adecuada para alcanzar ambos fines tan eficazmente como sea posible. Esta concepción tampoco encuentra dificultades allí donde, en el caso concreto, la sanción sólo se basa en el componente preventivo general de la pena porque no existe peligro alguno de reincidencia. Pues el fin preventivo de la pena también persiste cuando no se requiere una prevención desde todos los puntos de vista al mismo tiempo.

Esta idea resulta también importante ante todo cuando no se puede contar con el condenado para una ejecución resocializadora de la pena. Una pena que pretende compensar los defectos de socialización del autor sólo puede ser

^{33a} De otra opinión v. Hirsch/Jareborg, 1991, 15 ss., quienes si bien reconocen la prevención general como justificación de la institución Derecho penal, quieren sin embargo determinar la pena concreta únicamente según puntos de vista de igualdad.

pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando se establece una relación de cooperación con el condenado. Una "socialización forzosa" ni tendría perspectivas de éxito ni sería admisible en atención al art. 1 GG. Por tanto, si el condenado rehusa su colaboración para la resocialización, sin duda debe despertarse entonces su disposición para ello en cuanto sea posible, pero no puede ser forzado. Naturalmente, también en este caso debe ejecutarse la pena; para su justificación es suficiente, sin embargo, la necesidad de prevención general. De este modo se invalidan al mismo tiempo todas las objeciones que se alegan contra el fin de resocialización con el argumento de que éste conduce a una adaptación forzosa que viola la personalidad (cfr. nm. 17 s.). Pues cuando el condenado, por iniciativa propia, colabora en el desarrollo de la ejecución, ello no contribuye a la violación de su personalidad, sino precisamente al desarrollo de la misma. Si resocialización presupone voluntariedad, está claro también por qué no hay contradicción irresoluble alguna cuando el BVerfG, por una parte, estatuye un derecho fundamental a la resocialización (nm. 14), pero, por otra parte, niega al Estado la facultad «de corregir a sus ciudadanos» (nm. 17). Lo prohibido es únicamente la educación forzada de adultos; no obstante, el condenado tiene derecho a que el Estado le ayude en la reinserción social a la que él mismo aspira.

Lo propio rige para las dificultades que resultan de la observación de que programas de (re)socialización bien pensados se han mostrado hasta ahora como fracasados. Tales reverses se deben en parte a la desatención a los puntos de vista que se acaban de exponer y, en parte también, a que el Derecho penal socializador se encuentra todavía en los comienzos de su realización. Los esfuerzos realizados hasta ahora en la República Federal han producido múltiples resultados alentadores. Pero los inevitables extravíos tampoco pueden conducir a un "fiasco de la teoría de la pena", porque la función preventivogeneral de la pena puede fundamentar por sí sola la pena si fuera necesario y no se ve menoscabada por los fracasos preventivos especiales que se puedan producir aquí o allá.

Un conflicto entre prevención general y especial se produce solamente allí donde ambos fines perseguidos exigen diferentes cuantías de pena. Así, en un caso concreto (p.ej. cuando un joven ha causado una lesión con resultado de muerte en una riña), puede parecer adecuado un castigo de tres años de privación de libertad sobre la base de la prevención general y en aplicación del § 226 II, mientras que las exigencias de prevención especial sólo permiten un año con remisión condicional porque una pena más grave desocializaría al autor y cabría esperar un tropiezo en futura criminalidad. Cualquiera de ambas posibles soluciones obtiene, pues, un beneficio preventivo, por una

³⁴ Cfr. Jescheck, ZStW 91 (1979), 1055: "La conocida expresión de Martinson 'nothing works... no se ha confirmado entre nosotros"; Schultz, Jescheck-FS, 1985, 799 s.; ídem, Baumann-FS, 1992, 431; Kaiser, Kriminologie, Ein Lehrbuch, ²1988, § 115, nm. 30; Roxin, Gagnér-FS, 1991, 341. Es-céptico en cambio Albrecht, ZStW 97 (1985), 831 ss., quien aboga por la prevención especial sólo "en el sentido de minimización de consecuencias dañinas que se producen sobre la base del inter-namiento social". Sobre la relación entre "criminología y prevención especial" Bock ZStW 102 (1990), 504.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

parte, a cambio de un perjuicio preventivo, por otra. En un caso así es necesario sopesar los fines de prevención especial y general y ponerlos en un orden de prelación. En ello tiene preferencia la prevención especial hasta un grado que a continuación habrá que determinar, de forma que en nuestro ejemplo la pena que se impondría sería la de un año de prisión, con remisión condicional. Pues, en primer lugar, la resocialización es un imperativo constitucional (cfr. nm. 14), que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento. Y en segundo lugar hay que tener en cuenta que, en caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo-especial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivos-generales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventivo-general. Por otra parte, corresponde la preferencia a las necesidades preventivo-especiales sólo hasta donde la necesidad mínima preventivo-general todavía lo permita (como es el caso en nuestro ejemplo). Es decir, por motivo de los efectos preventivo-especiales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación. En muchos casos, aunque no siempre, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del "mínimo preventivo-general"³⁵.

El significado de la prevención general y especial se acentúa también de 41 forma diferenciada en el proceso de aplicación del Derecho penal. En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales a tenor de lo expuesto en los nm. 37-40. Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial, como también pone de manifiesto el § 2 StVoUzG, que sólo menciona la (re)socialización como "fin de la ejecución". Ahora bien, esto no puede interpretarse en el sentido de que los fines de la pena sobre los diferentes estadios de la aplicación del Derecho penal permitan dividirse con una nítida separación. No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada. Pues si la conminación penal debe conservar su función motivadora, la ejecución tampoco puede perder totalmente el efecto preventivo-general (cfr. *supra* nm. 40 e *infra* nm. 44); no debe pretender conseguirlo aquí expresamente, pero debe estar garantizado mediante los condicionamientos en su marco. Por

³⁵ Sobre el problema del equilibrio entre prevención especial y general con la inclusión de los preceptos legales de determinación de la pena cfr. en particular el apartado "Determinación de la pena" (en tomo II).

otro lado, también sucede que la pena sólo puede desarrollar sus efectos preventivo-especiales si éstos ya están preprogramados en las disposiciones legales.

La teoría preventiva mixta acoge, pues, en su seno los enfoques preventivo-especiales y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel punto de vista el que pasa a primer plano: Es cierto que, donde ambos fines entren en contradicción el uno con el otro, el fin preventivo-especial de resocialización se coloca en primer lugar (nm. 40). A cambio, la prevención general domina, sin embargo, las conminaciones penales (nm. 41) y justifica por sí sola la pena en caso de falta o fracaso de fines preventivo-especiales (nm. 37 s.), mientras que no se puede dar una pena preventivo-especial sin intención preventivo-general alguna, a pesar de la dominancia absoluta del fin de socialización en la ejecución (nm. 40 s.). La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima, pues, cualquier utilización, sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivo-especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal.

b) La renuncia a toda retribución

En una teoría unificadora o mixta correctamente entendida, la retribución no puede, por el contrario, entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención³⁶. Contra los fundamentos en favor de este veredicto, ya expuestos en nm. 8-10, se ha objetado en ocasiones que sólo la teoría de la retribución puede justificar el castigo de los criminales nazis, que actualmente vivían socialmente integrados y que ya no representaban ningún peligro. Pero eso no es correcto. Pues un castigo de estos hechos es necesario desde fundamentos preventivo-generales, porque si no se persiguieran se podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general: si tales asesinatos se quedasen sin castigo, es posible que quisiera invocar el mismo tratamiento cualquier otro autor de homicidio, respecto del cual no hay peligro de reincidencia y exigir del mismo modo la impunidad. Esto obligaría a relativizar la validez de la prohibición de matar y su efecto preventivo de forma intolerable.

La idea de retribución tampoco cabe integrarla en la teoría mixta entendiendo, como a menudo sucede, que la "esencia" de la pena se ve en la causación retributiva de un mal, mientras que su fin justificador, en los objetivos preventivos del Derecho penal³⁷. Pues las instituciones jurídicas no tienen

³⁶ De otra opinión sobre ello Arm. Kaufman, 1983, quien insiste en el poder legitimador de la retribución, aunque él también rechaza una "pura" retribución carente de prevención.

³⁷ Henkel, 1960, 9, objeta acertadamente contra la aceptación de que la "esencia" de la pena sea retribución: "Cuando los padres castigan a su hijo desobediente, lo hacen de forma razonable, para educarlo y se equivocan sobre el verdadero sentido del acto de castigar precisamente en cuanto se dejan arrastrar a los 'golpes retributivos' provocados emocionalmente. Que aparte de esto, la pena

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

"esencia" alguna independiente de sus fines, sino que esa "esencia" se determina mediante el fin que con ellos quiere alcanzarse. Ciertamente es solamente que toda pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, en cuanto es inherente a ella un elemento represivo. La orden de disfrutar unas vacaciones en Mallorca no podría calificarse de pena. Pero eso no radica en un carácter retributivo de la pena conforme a su esencia, sino en que sus irrenunciables componentes de finalidad preventivo-general (nm. 40 s.) se frustrarían si motivaran a la comisión de hechos delictivos en vez de a su omisión. En cambio, una pena terapéutica que consistiera en un "training social" no contradiría la "esencia" de la pena, puesto que tal pena exige del condenado esfuerzos mayores que el mero "cumplimiento pasivo" del sometimiento a custodia y, por tanto, de ninguna manera carece de efectos preventivo-generales.

Es cierto además que en el castigo reside un "reproche ético-social", como ya hoy es admitido generalmente. Con este criterio se ha tratado de delimitar la pena en cuanto a su contenido de otras sanciones; así, de la pena disciplinaria como un "apercibimiento de deberes", o de la multa coactiva como un "medio de doblegación". De todas formas, estas diferencias son un poco artificiosas porque en el efecto sobre los afectados apenas son perceptibles y porque tales diferenciaciones desconocen que la delimitación de una sanción criminal o no criminal en los límites arriba trazados es una libre decisión del legislador (cfr. para más detalles § 2, nm. 39 ss.). Pero sea como fuere: del hecho de que en el castigo radica un "reproche social" no se deduce que la pena sea esencialmente retribución ni tampoco únicamente causación de un mal³⁸. Pues de la desaprobación de una conducta se puede derivar igualmente la consecuencia de que tiende a su futura evitación en el sentido de influencia resocializadora.

c) El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención

No obstante, a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo 46 de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho (nm. 16, 31), se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una

para menores prevista en el Derecho penal del menor no tiene carácter de retribución, sino que hay que interpretarla como pena educativa, eso no es discutido por nadie". ³⁸ Discr. en este punto p.ej. Jescheck, AT⁴, § 8 I 2 b.

detención más prolongada. La intervención coercitiva estatal se quiebra en un caso así ante el interés de libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de éste, sino sólo en el marco de la culpabilidad del sujeto. El principio de culpabilidad tiene, pues, una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, y por mor de la libertad de los ciudadanos también debería conservarse en un Derecho penal moderno.

La exigencia de que la pena no pueda ser en ningún caso superior a la culpabilidad del autor, se reconoce hoy en la República Federal de forma absolutamente mayoritaria. La mayoría de las veces se admite incluso que una pena que sobrepasa la medida de la culpabilidad atenta contra la dignidad del hombre (art. 1 GG), de forma que según esto el principio de culpabilidad tendría un rango constitucional en su función limitadora de la pena (BVerfGE 20, 323, 331)³⁹. Esto es dudoso por lo menos en lo que respecta a la cuantía o magnitud de la pena, porque por regla general no se pone en tela de juicio la constitucionalidad de las medidas de seguridad no limitadas por el principio de culpabilidad (sobre ello, *infra* nm. 54 ss.) y porque ordenamientos jurídicos extranjeros, a los que no se puede reprochar un menosprecio de la dignidad humana, generalmente no han establecido legalmente de forma alguna el principio de culpabilidad^{39a}. No obstante, el principio de culpabilidad es el medio más liberal y el psicológicosocial más propicio para la restricción de la coerción penal estatal que hasta ahora se ha encontrado. Puesto que el grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados, se puede contraponer eficazmente a las exigencias preventivas determinadas por los intereses de la sociedad. Además, corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correspondiente a la culpabilidad, lo cual, en esa medida, tiene pleno sentido también desde el punto de vista preventivo⁴⁰. La sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídicopenal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y "merecida" es sólo una pena acorde con la culpabilidad.

Por el contrario, desde el punto de vista de teoría de la pena no hay objeción alguna contra una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la

³⁹ Ciertamente la sentencia se apoya explícitamente sólo en el principio del Estado de Derecho y asimismo vincula sólo la fundamentación de la pena (no la magnitud de la pena) claramente a la culpabilidad: "A la máxima de que toda pena presupone culpabilidad le corresponde un rango jurídicoconstitucional. Se basa en el principio del Estado de Derecho".

^{39a} Sobre el ámbito de influencia jurídica anglosajona Henke, 1990.

⁴⁰ Sobre la complicada relación entre culpabilidad y prevención cfr. más detalladamente los apartados sobre "culpabilidad" (§ 19) y "determinación de la pena" (tomo II).

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad § 3

culpabilidad⁴¹. Ciertamente, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. En ello radica una diferencia decisiva frente a la teoría de la retribución, que, ciertamente, también limita la pena por la medida de la culpabilidad, pero que reclama en todo caso dicha pena correspondiente a la misma con independencia de toda necesidad preventiva.

La concepción aquí defendida evita también los reparos que se plantean⁴⁹ desde el punto de partida del determinismo contra una utilización del concepto de culpabilidad en Derecho penal. Pues ciertamente la culpabilidad presupone en el fuero interno la libertad de comportarse de una u otra forma. Pero cuando la afirmación de la culpabilidad humana sirve solamente para trazar una frontera a una intervención estatal necesaria desde fundamentos preventivos, la legitimidad de su reconocimiento como uno de los medios de salvaguarda de la libertad ciudadana no depende de su demostrabilidad empírica o epistemológica. Su aceptación es una posición normativa, una regla de juego social, que no responde a la pregunta de cómo está configurada **en su esencia** la libertad humana, sino que solamente dispone que el hombre debe ser **tratado** por el Estado como libre en principio y capaz de responsabilidad. La pregunta relativa a la existencia real de la libertad de voluntad puede y debe ser excluida debido a su imposibilidad de decisión objetiva⁴². Puesto que el principio de culpabilidad sólo sirve como instrumento para la restricción de la prevención, no perjudica a los particulares, sino que los protege; también un determinista puede admitir semejante principio jurídico normativo, porque ello no afecta a su convencimiento de la condición real del curso del mundo. En el Derecho sucede lo mismo con la culpabilidad y la libertad que con la dignidad humana (que las presupone), cuya existencia asimismo no es "de-

⁴¹ Sobre la compatibilidad de esta concepción con el Derecho vigente, sobre todo con el § 46 I, y sobre la discusión con opiniones discrepantes cfr. el apartado sobre la determinación de la pena (tomo II). Muy de acuerdo con la concepción aquí defendida Haft, AT⁵, 124 ("modelo particularmente convincente"). En cambio, Fletcher, ZStW 101 (1989), 803, aboga por un Derecho penal retributivo justamente por los peligros que para el principio de igualdad ve en los objetivos utilitaristas. En este argumento se centraba la discusión —mayoritariamente contradiciendo a Fletcher— en las Jornadas de Profesores de Derecho Penal de 1989 en Trier (ZStW 101 [1989], 908). Sobre "Utilitarismo y principio de culpabilidad" en el pensamiento jurídico penal anglosajón Henke, 1990.

⁴² Es decir, cada uno puede contestarla según su opinión personal. En contra de esta posibilidad sobre todo Arth. Kaufmann, JZ 1967, 555; idem, Lange-FS, 1976, 28; Lenckner, 1972, 13 ss., 17 s.; Dreher, 1987; Griffel, ZStW 98 (1986), 28 ss.; idem, GA 1989, 193 ss. En contra resalta sobre todo Bockelmann, ZStW 75 (1963), 384, que el problema de la libertad de voluntad no "necesita tocarse" en el Derecho penal. Expresamente de acuerdo conmigo Backes, Maihofer-FS, 1988, 54 ss., con referencia a la analogía con más recientes teorías científicosociales. A favor de una "culpabilidad sin libertad" Streng, ZStW 101 (1989), 273 ss. Cfr. además Pothast, 1980; Kunz, ZStW 98JJS8SÍ 823 ss.; Tiemeyer, ZStW 100 (1988), 527 ss. El problema no puede ser discutido *ampbjfnpj&eHfi* este contexto. En el § 19 de este libro se tratan más a fondo las "Cuestiones fundanjpnioe^^lela teoría de la responsabilidad".

mostrable", pero cuya admisión tampoco es impugnabile con argumentos empíricos.

Las cosas son de otra manera si se contempla la retribución como cometido de la pena. Pues entonces no es la necesidad preventiva en lo que debe basarse la intervención estatal, sino la compensación de la culpabilidad; frente a esto se puede alegar con razón que las intervenciones estatales no se pueden fundar en suposiciones indemostrables, sino sólo en necesidades sociales. Pero esta objeción no afecta a la teoría unificadora aquí defendida.

Mediante la vinculación de la pena al principio de culpabilidad también se eliminan las objeciones que parten del hecho de que mediante la persecución de fines preventivos se trata al particular como "medio para el fin" y se le perjudica así en su dignidad como persona (nm. 4, 17, 31). En cuanto a los esfuerzos para la socialización preventivo especial, sin duda se eliminan las objeciones ya por la necesidad de una colaboración voluntaria y autorresponsable del procesado (nm. 38). Pero en la medida en que en los fines de la pena se sigue tratando del aseguramiento individual y general y de la intimidación, tal objeción sólo puede afectar al supuesto de que al particular se le haga objeto de los fines preventivos más allá de la medida de su responsabilidad. Pues dentro del marco de lo merecido **toda** pena, dado que se le impone al sujeto contra su voluntad, supone tratar al afectado como medio para un fin que primariamente no es el suyo; y que ese fin sea de tipo preventivo-social o, por el contrario, ideal (retribución compensadora de la culpabilidad), no cambia en nada el hecho de que el condenado es siempre el objeto del poder coercitivo del Estado. Considerar esto inadmisibile significaría que el Estado debería renunciar absolutamente a la pena y a la coerción, de lo cual no ha sido capaz todavía ningún ordenamiento jurídico conocido⁴³.

En ocasiones se ha intentado renunciar por completo al principio de culpabilidad, afectado por su anterior vinculación con la teoría retributiva y por las controversias filosóficas, y poner en manos del principio de proporcionalidad la necesaria limitación de la pena⁴⁴. Pero éste no es el camino idóneo para la solución del problema⁴⁵, como ya muestra una ojeada a la ley. Pues según el Derecho vigente, las medidas de seguridad encuentran su límite en el principio de proporcionalidad (§ 62). Pero si el legislador siempre acude a

⁴³ Por lo demás, en casos especiales pueden justificarse también intervenciones en forma de "medidas de seguridad", que son independientes de la culpabilidad del autor o que la sobrepasan; cfr. sobre ello nm. 56 ss.

⁴⁴ EllscheidVHassemer, 1970. Calliess, 1974, 187, opina que detrás del principio de culpabilidad realmente se esconde el principio de proporcionalidad. Un intento de orientación criminológica de arreglarse en el Derecho penal sin el principio de culpabilidad y de resolver el problema del límite de la intervención mediante el principio de proporcionalidad nos ofrece Scheffler, 1985, así como idem, 1987; en contra del principio de culpabilidad y a favor de un "Derecho de medidas referido al hecho" tb. Baurmann, 1987 (crítico contra ambos autores Roxin, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 519). Cfr. sobre los que se oponen al principio de culpabilidad tb. en el § 19, nm. 43 ss.

⁴⁵ Cfr. sobre ello Roxin, 1973, 322; idem, SchwZStr 104 (1987), 363; Arth. Kaufmann, Lange-FS, 1976, 31 ss.

las medidas de seguridad allí donde la protección eficaz de la sociedad no está garantizada mediante penas (cfr. al respecto nm. 54 ss.), ello se debe a que las medidas de seguridad, a pesar de su restricción por el principio de proporcionalidad, posibilitan intervenciones mucho más fuertes en la libertad del inculpa-do que las que permite el castigo en los límites del principio de culpabilidad. Esto es también fácilmente explicable desde el planteamiento teórico, pues el interés de prevención se excluye precisamente en la determinación de la magnitud de la pena por el principio de culpabilidad —debido a su fijación sobre el hecho cometido—, y este efecto limitador de la pena no puede lograrse por ningún otro principio. El principio de proporcionalidad significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción determinada sólo preventivamente (cfr. nm. 58) y ofrece mucho menos para la limitación de la intervención coercitiva del Estado; por eso no puede reemplazar al principio de culpabilidad.

d) Recapitulación

La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena 53 sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivospeciales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivogenerales. Una concepción así no tiene en modo alguno un significado predominantemente teórico, sino que, aparte de lo ya expuesto, tiene también muchas e importantes consecuencias jurídicas. Cómo repercute en particular esta teoría en la aplicación del Derecho vigente es algo que tan sólo puede ser expuesto más detalladamente en posteriores partes de este libro, así, en la discusión de la culpabilidad (§ 19), del sistema de sanciones (tomo II) y de la determinación de la pena (tomo II).

II. Finalidad y límites de las medidas de seguridad; la relación entre pena y medidas

Ya se ha señalado que nuestro Código Penal prevé junto a las penas también 54 medidas de seguridad y que esta doble vía del sistema de sanciones marca el elemento estructural fundamental de nuestra regulación de las consecuencias jurídicas (§ 1 nm. 2-4). A tenor de la discusión de las teorías penales se comprende asimismo por qué un Derecho penal obligado con el principio de culpabilidad necesita la segunda vía de las medidas de seguridad: la autorrestricción de la intervención coactiva del Estado, que se asienta en la medida de la culpabilidad, posibilita ciertamente, por regla general, un adecuado equilibrio entre los intereses de protección estatales y los intereses de libertad del justiciable; sin embargo, la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan

grande para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad no baste para proteger suficientemente de sus ataques a la colectividad. Cuando p.ej. un deficiente mental que sólo es imputable en una pequeña medida comete hechos violentos graves y es previsible que los vuelva a cometer, entonces su reducida culpabilidad (§21) justifica sólo una pena pequeña, pero la protección de la generalidad hace necesario además de eso que se le ingrese en un hospital psiquiátrico (§ 63) en atención a los fines de corrección y aseguramiento ^{45a}. Semejante es el caso de los adictos al alcohol y toxicómanos, cuya culpabilidad es a menudo pequeña y que deben ser ingresados en un establecimiento de deshabitación o desintoxicación (§ 64) para evitar los peligros que de ellos puedan provenir (y en su propio interés). También sobre sujetos en los cuales no concurren alteraciones de tal modo manifiestas puede imponerse un internamiento o custodia de seguridad, que sobrepase en su duración la pena posible según el principio de culpabilidad, siempre que aquéllos sean reincidentes y amenacen con causar ulteriores daños graves (cfr. § 66). También las restantes medidas de seguridad, que se exponen de forma sintética en el § 61 y que tan sólo pueden ser tratadas en particular posteriormente (en el tomo II), se asientan todas ellas sobre la idea de una peligrosidad del autor para la colectividad, que no se elimina mediante la pena.

El fin de las medidas de seguridad es, por tanto, de tipo preventivo. Dentro del mismo, su cometido primario es en todo caso preventivo especial porque, con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella. Sin embargo, los acentos se reparten de forma diferente, por cuanto el fin preventivo especial no aparece de la misma forma en las medidas en particular. Así, el internamiento preventivo o de seguridad manifiesta exclusivamente el componente asegurativo de la prevención especial, mientras que en el caso de los hospitales psiquiátricos se colocan ciertamente al mismo nivel los fines de aseguramiento y de resocialización. Aparte de ello, la mayoría de las medidas de seguridad surten también un efecto preventivo general y esto ha sido también tenido en cuenta por el legislador como fin secundario: una medida de seguridad como la privación del permiso de conducir (§ 69) tiene la mayoría de las veces un efecto más intimidatorio sobre la comunidad que la pena que cabe esperar en los delitos de tráfico, y también en el círculo de los delincuentes por tendencia a menudo se teme más al internamiento o custodia de seguridad que a la pena.

Resulta por tanto que el fin de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencia en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por

^{45a} Haffke, R & P 1991, 94, describe de forma sugerente la "ambivalencia del § 21", por el que la atenuación de la pena en muchos casos es "comprada" a cambio del internamiento en un hospital psiquiátrico. Con razón exige que "se discipline conforme al Estado de Derecho el Derecho sobre medidas de seguridad y sobre internamientos".

las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamental preventiva es la misma. En consecuencia, pena y medida de seguridad se diferencian no en el fin, sino en la limitación. La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena.

De ahí que surja la pregunta de cómo se puede justificar la facultad estatal 57 para sanciones-medidas de seguridad tan incisivas. Hasta ahora, ello ha ocupado a la ciencia mucho menos que la cuestión sobre la justificación de la pena ⁴⁶, aunque su importancia no es menor. La respuesta sólo puede surgir de la idea de ponderación de bienes. Según esto puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad ⁴⁷. Para ello se ponen el "valor y la dignidad del hombre... con todo su peso sobre el plato de la balanza. Cuanto más se aprecien por el orden jurídico, tanto más estrecho se trazará el círculo de los peligros contra los cuales se aplican las medidas preventivas" ⁴⁸. Frecuentemente, en lugar de al principio de ponderación de bienes, se alude a la idea del vínculo con la comunidad de la libertad humana, que se pierde en casos de abuso grave, mientras que en caso de defectos corporales o psíquicos de la persona "la idea del tratamiento curativo" justifica la medida ⁴⁹. El argumento del abuso no aclara, sin embargo, la cuestión decisiva de por qué se pierde la libertad más allá de la medida de la propia responsabilidad; y la idea del tratamiento curativo como tal no justifica todavía una coacción. Esta laguna de fundamentación en ambos casos sólo puede colmarse mediante el principio de ponderación de bienes.

Desde el punto de vista de este principio es evidente lo que el § 62 incluso 58 expresamente manifiesta: que una medida no puede ser ordenada, a pesar de

⁴⁶ Cfr. Kaiser, 1990, 6, n. 15: "... un desarrollo teórico autónomo, comparable con la teoría de la pena, no existe".

⁴⁷ Fundamentalmente de acuerdo Nowakowski, v. Weber-FS, 1963, 103: "principio del interés preponderante"; Stratenwerth, AT³, nm. 36; parecido tb. Schmidhäuser, LB AT², 21/8, n. 4: "interés de una vida de alguna forma útil en sociedad"; idem, StuB AT², 16/7. También Kaiser, 1990, 48 s., encuentra la justificación de las medidas "en el interés público preponderante... El interés público prevalece cuando los posibles delitos son graves y la probabilidad de comisión alta".

⁴⁸ Nowakowski, v. Weber-FS, 1963, 105. De ello se deduce que la dignidad humana requiere un uso moderado de las medidas de seguridad que sobrepasan la culpabilidad, pero nada se opone de forma absoluta a tales intervenciones (cfr. ya nm. 47, n. 43). Por otro lado está claro que frente a una solución que permitiría en general una cierta transgresión de la medida de la culpabilidad, de acuerdo con el Estado de Derecho es mejor una regulación que, como la nuestra, liga en principio a la medida de la culpabilidad la facultad de imponer sanciones jurídicocriminales y sólo en casos excepcionales permite sobrepasarla (cfr. sobre ello tb. nm. 62).

⁴⁹ Así Jescheck, AT⁴, § 9 II, refiriéndose sobre todo a Welzel, StrafR", § 32 II.

una peligrosidad existente, "si no guarda proporción con la importancia del hecho cometido por el autor y de los hechos que se esperan, así como tampoco con el grado del peligro que emana de él". El principio de proporcionalidad fluye de la idea del Estado de Derecho (BVerfGE 23, 127, 133, con ulteriores referencias), y por lo tanto tiene rango jurídicoconstitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso: los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría la medida para el implicado. En numerosas medidas esta idea se ha desarrollado aún más detalladamente en los preceptos particulares (cfr. p.ej. § 66 I n.º 3 respecto del internamiento preventivo o de seguridad).

La concepción aquí defendida, según la cual pena y medida tienen el mismo fin y se distinguen en el tipo de su delimitación, significa un acercamiento a la vía única. Pues, según ello, las sanciones del StGB están establecidas en cuanto a su fin en una vía única y sólo en su delimitación transcurren por dos vías distintas. En cambio la teoría de la retribución expresa una marcada forma de doble vía, en cuanto para ella se distinguen claramente pena y medidas tanto según su fin como según sus límites: para ella la pena mira retrospectivamente al hecho cometido y se orienta a la culpabilidad, mientras que la medida mira hacia el futuro y sólo se fija en la futura peligrosidad. Pero, como tal entendimiento de la pena ya no es posible hoy, puesto que también la pena persigue fines preventivos (nm. 36 ss.), la expresión acertada para nuestro entendimiento diferente de la pena es un sistema de sanciones que se encuentra entre la doble y la única vía.

Tampoco sirve de ayuda construir una distinción esencial entre pena y medida de tal manera que en el castigo se vea una desaprobación éticosocial, que no debe ser inherente a la imposición de una medida⁵⁰. Pues no se comprende por qué, p.ej., en una "embriaguez en el tráfico" (§316) debe expresarse la reprobación social solamente en el castigo y, sin embargo, no en la consiguiente "retirada del permiso de conducir" (§ 69). Algo similar rige para el internamiento o custodia de seguridad, inhabilitación profesional, etc.: la comunidad y el propio autor considerarán con razón la imposición de tales medidas como expresión de un fallo frente a la sociedad particularmente grave, y en casos de responsabilidad también reprochable, de modo que la tesis de que la desaprobación sólo se hace valer mediante la pena, contradice la realidad de la vida y lleva dentro de sí distinciones que no le son inherentes.

La tesis de una vía única en los fines de penas y medidas se confirma por parte de la ley mediante la institución del llamado "sistema vicarial"⁵¹. Según

⁵⁰ Así p.ej. Bockelmann/Volk, AT⁴, § 43 I 1.

⁵¹ Lat. *vicarius* = el que sustituye, el que hace las veces. "*Vikariieren*" significa, por tanto, "sustituirse recíprocamente".

el § 67, en caso de imposición simultánea de una pena privativa de libertad y una medida también privativa de libertad, el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63) y en un centro de desintoxicación (§ 64) por regla general es ejecutado antes de la pena y computado a efectos de la misma, de modo que en numerosos casos ya no necesita ser cumplida una pena en un establecimiento penitenciario. Ciertamente también puede cumplirse la pena antes que la medida, "cuando el fin de la medida" se consiga así con más facilidad (§ 67 II). Esta intercambiabilidad discrecional de pena y medida, que se orienta sólo a la dimensión de la efectividad preventiva, prueba indiscutiblemente que el legislador ve el fin de ambas consecuencias jurídicas en la prevención y que sólo utiliza como baremo para su aplicación la eficacia al servicio de la prevención de delitos. De todas formas, el internamiento o custodia de seguridad, puesto que no es mencionado en el § 67, siempre hay que cumplirlo después de la pena, pero también esto tiene un fundamento preventivo: como la medida según el § 66 persigue un mero aseguramiento mediante el internamiento, es más pertinente cumplir primero la pena, que debe ser concebida de forma resocializadora y que puede hacer superfluo, en su caso, el posterior internamiento o custodia de seguridad, a tenor del § 67 c I.

Puede plantearse la pregunta de si la amplia fungibilidad de pena y medida 62 no sugiere el total paso hacia la vía única y, con ello, la renuncia a la pena. Esta pretensión ha sido puesta de manifiesto una y otra vez en las reformas y parcialmente llevada a cabo en el extranjero (Suecia, Inglaterra, Bélgica, Grecia)⁵². No obstante, es preferible el sistema realizado en la República Federal, que mantiene en pie la doble vía en la limitación de la pena. Pues, según ello, la pena constituye por su vínculo con la culpabilidad, en comparación con la medida, la intervención menor en la libertad del ciudadano. El mantenimiento de la pena significa que el legislador, por regla general, sólo piensa realizar su interés preventivo en el marco trazado por la culpabilidad por el hecho y que, en atención a la libertad de los ciudadanos, también admite mermas preventivas, que pueden producirse cuando la medida de culpabilidad pone un límite a la duración de la sanción. Solamente en casos excepcionales de una puesta en peligro de la comunidad especialmente consistente puede saltarse este límite mediante la imposición de una medida. Si, mediante la abolición de la pena, se elevara esta excepción a la categoría de ley de validez general, ello supondría renunciar a una parte importante de liberalidad y dar un paso más hacia el Estado de bienestar total, que no parece deseable políticamente.

Más detalladamente Jescheck, AT⁴, § 9 II 3.

III. ¿La reparación como tercera vía del Derecho penal?

Bibliografía: Seelmann, Strafzwecke und Wiedergutmachung, Zeitschrift für evangelische Ethik, 1981, 44; Ostendorf, Alternativen zur strafverurteilenden Konflikterledigung, ZRP 1983, 302; Rössner/Wulf, Opferbezogene Strafrechtspflege, 1984; Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en: Schöch (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, 37; Freh-see, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987; Schneider, Wiedergutmachung und Strafe, Universitas 1988, 1151; Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989; Eser y otros (eds.), Wiedergutmachung im Strafrecht einschl. Rechtsstellung und Entschädigung des Verletzten im Strafverfahren, 1989; Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989; Eser/Kaiser/Madlener (eds.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, 1990; Rössner, Täter-Opfer-Ausgleich und Kriminalitätsverhütung, en: Frank/Harrer (eds.), Der Sachverständige im Strafrecht/Kriminalitätsverhütung, Fo-rensia-Jahrbuch, t. 1, 1990, 164; Hirsch, Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102 (1990), 534; Schreckling y otros, Bestandsaufnahme zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland, 1991; Dölling, Der Täter-Opfer-Ausgleich, JZ 1992, 493; Kinkel, Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung, BewHi 1992, 300; Pfeiffer, Täter-Opfer-Ausgleich etc., ZRP 1992, 338; Rössner, Täter-Opfer-Ausgleich in der Justizpraxis, en: Jehle (ed.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, 309; Rössner, Strafrechtsfolgen ohne Übelzufügung?, NStZ 1992, 409; Roxin, Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem, Baumann-FS, 1992, 243; Schmidt-Hieber, Ausgleich statt Geldstrafe, NJW 1992, 2001; Schöch, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? (Gutachten), en: Verhandlungen des 59. DJT, Hannover 1992, t. I, Parte C; Sitzungsberichte, en: Verhandlungen des 59. DJT Hannover, 1992, t. II, Parte O; Walter/Schuldzinski, Der Täter-Opfer-Ausgleich etc., StA-Schleswig-Holstein-FS, 1992, 559; P. A. Albrecht, Strafrechtsverfremdende Schattenjustiz - zehn Thesen zum Täter-Opfer-Ausgleich, Schüler-Springorum-FS, 1993, 81; Bannenberg, Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis, 1993; Baumann, Zur Repersonalisierung des Strafrechts, Stree/Wessels-FS, 1993, 41; Brauneck, Trennendes und verbindendes Denken, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 417; Hering/Rössner (eds.), Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht, 1993; Hirsch, 25 Jahre Entwicklung des Strafrechts, en: Jur. Studiengesellschaft Regensburg (ed.), 25 Jahre Rechtsentwicklung etc., 1993, 35; Kley-Struller, Wiedergutmachung im Strafrecht, 1993; Lampe, Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts?, GA 1993, 485; Pfeiffer, Opferperspektiven - Wiedergutmachung und Strafe aus der Sicht der Bevölkerung, Schüler-Springorum-FS, 1993, 53; Roxin, Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem, Lerche-FS, 1993, 301.

63 En los últimos años se discute vivamente la cuestión y se estudia en proyectos modelo si la reparación del daño, como sanción novedosa frente a las penas y a las medidas, puede dar lugar a una "tercera vía" del Derecho penal⁵³. Ya el Derecho vigente contiene planteamientos para una integración de la reparación del daño en el Derecho penal (§§ 56 b, 57 III, 57 a III, 59 a II, 46 II; en la JGG §§ 15, 45, 47); sin embargo en la praxis todavía se utiliza poco. En cambio, hay motivos convincentes que hablan en favor de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho penal. Pues con ello se sirve

⁵³ Críticamente frente a la "tercera vía" y a una inclusión amplia de la reparación del daño en el Derecho penal Hirsch, ZStW 102 (1990), 534 (anticrítica en Roxin, Baumann-FS, 1992, 243). En contra opina Lüderssen, 1989, 38, "que como legítimo sólo queda aquel fundamento para el Derecho penal público que ve en el mismo una protección generalizadora de la víctima"; conforme a ello (p. 60) debe "tratarse tan sólo de compensación y resocialización". Documentan ampliamente la discusión internacional Eser/Kaiser/Madlener (eds.), 1990; también aquí quedan claras las diversas posiciones en los informes de síntesis de Roxin (p. 367) y Hirsch (p. 377).

§3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad §3

más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor. Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena. El Proyecto Alternativo de reparación del daño (1992) presenta una propuesta de ley muy elaborada, mediante la cual puede integrarse la reparación del daño en el sistema jurídicopenal de sanciones ^{53a}.

La reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídicocivil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora (nm. 27), al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada —a menudo incluso independientemente de un castigo— la perturbación social originada por el delito.

La legitimación políticojurídica de la reparación del daño como una "tercera vía" de nuestro sistema de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedad (cfr. § 2, nm. 28 ss.). Así como la medida sustituye o completa la pena como "segunda vía" donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no

^{53 a} Afirmativo en lo fundamental Dölling, JZ 1992, 493; Rössner, NStZ 1992, 409; Schmidt-Hieber, NJW 1992, 2001; Roxin, Lerche-FS, 1993, 301; críticamente en contra Lampe, GA 1993, 485; Loos, ZRP 1993, 51. Hirsch, 1993, 35, 41 ss., rechaza el Proyecto Alternativo como "concepto resignación" con "rasgos abolicionistas". Sin embargo, una propuesta socialmente constructiva de esta índole no tiene que ver nada con resignación; y no se puede hablar de abolicionismo, puesto que el tener en cuenta la reparación del daño tiene lugar en el marco del sistema jurídicopenal de sanciones. También las LIX Jornadas de Juristas Alemanes (DJT) de 1992, dedicadas a "las sanciones penales sin privación de libertad", se han ocupado de la reparación del daño y han defendido su mayor implicación en el Derecho penal, aunque sin cambios legales; pero de momento proponiendo sólo que se agoten mejor las posibilidades del Derecho vigente; cfr. el informe de Schöch, 1992, I.1, Parte C, así como, sobre el desarrollo de las jornadas y las conclusiones: Sitzungsberichte, 1992, t. II, Parte O.

puede, o sólo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivo-especial-es, del mismo modo la reparación del daño sustituiría como "tercera vía" a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada. Ciertamente todo esto es hasta ahora más programa que realidad: sólo se podrá hablar de un Derecho penal de tres vías (en vez del actual de dos vías), cuando el legislador tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual⁵⁴.

⁵⁴ Un impulso en esta dirección podría proporcionarlo el "Proceso de conciliación para el arreglo extrajudicial de una causa penal", vigente en los nuevos Estados de la República Federal tras el Tratado de Unificación (§§ 40 ss. de la Ley sobre las comisiones de arbitraje en los municipios, de 13-9-1990), que pretende alcanzar el restablecimiento de la paz social y el arreglo-autor-víctima por medio de la aceptación voluntaria de obligaciones por parte del autor y que, tras su satisfacción, prevé un sobreseimiento por la fiscalía (cfr. §§ 43, 45 Ley cit). En ello se apoya actualmente una propuesta de un "proceso en materia de infracciones", que estaría entre el procedimiento de la multa administrativa y el proceso penal, para el tratamiento procesal de la pequeña criminalidad (Lampe, 1993).

schenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung des Grenzgesetzes der DDR, NStZ 1993, 118; Jakobs, Untaten des Staates - Unrecht im Staat, GA 1994, 1.

I. No hay delito ni pena sin ley

Como ya se ha expuesto anteriormente, un Estado de Derecho debe proteger 1 al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del "Estado Leviatán". Como instrumentos de protección que brinda el Estado de Derecho al sujeto amenazado por las sanciones públicas hemos visto ya el principio de culpabilidad (§ 3, nm. 46 ss.) y el principio de proporcionalidad (§ 3, nm. 58), principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras. Frente a esto, el principio de legalidad, que ahora vamos a exponer, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.

1. No hay delito sin ley

El principio "no hay crimen o delito sin ley" (*nullum crimen sine lege*)¹ es 2 un postulado básico del Estado de Derecho, que se ha plasmado en el § 1 StGB y por su especial importancia también, y con idéntico tenor, en el art. 103 II GG, así como, con otra formulación, en el art. 7 11 CDH. En el § 1 StGB y el art. 103 II GG se expresa así: "Un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho". Es decir: por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo ha advertido expresamente en la ley. Así por ejemplo, cuando aparecieron las máquinas automáticas que funcionan con monedas, que obviamente aún no eran conocidas cuando se aprobó el StGB en 1871, algunas personas se dedicaron a perjudicar a quienes habían hecho instalar tales aparatos (v.gr. un teléfono de monedas o una báscula automática), introduciendo en la ranura, en vez de monedas auténticas, pequeñas fichas metálicas de forma similar, para poder así utilizar gratis los aparatos automáticos. Tales conductas no se pudieron castigar (RGSt 68, 65), porque el tipo de la estafa requiere, según el tenor literal del § 263, que

¹ A estos efectos el término "crimen o delito" ("*Verbrechen*") se entiende aquí en el sentido de "hecho punible", y no en su significación especial [de "delito grave"] del § 12 I.

se cree o se mantenga un error, pero un aparato no puede errar; y los §§ 146 y 248 c tampoco se ajustaban directamente a ese supuesto. Por eso el legislador se vio obligado a introducir un nuevo precepto penal (el § 265 a), que ahora abarca el uso abusivo de aparatos automáticos ("el que consiga fraudulentamente la prestación de un aparato automático"). Pero sólo se pudo castigar conforme a este nuevo precepto a los sujetos que utilizaron abusivamente aparatos automáticos **tras** la introducción del mismo, mientras que los que habían motivado la introducción del § 265 a estaban protegidos y a salvo de pena por el principio de legalidad.

3 Por consiguiente, el principio "no hay delito sin ley" permite escaparse colándose entre las mallas de la ley penal². Por eso Franz v. Liszt denominó al Código Penal, que realmente debería servir para combatir el delito, con una fórmula exagerada pero pegadiza, "la Carta magna del delincuente"³. Ello significa lo siguiente: que así como en su momento la "Magna Charta Libertatum" británica (1215) protegía al individuo de intromisiones arbitrarias del poder estatal, el Código Penal pone a cubierto al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible **antes** del hecho. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado).

2. No hay pena sin ley

4 El principio "no hay delito sin ley" se completa con la fórmula "no hay pena sin ley" (*nulla poena sine lege*). Ello quiere decir que no sólo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho. Así p.ej., por una determinada razón el legislador se podrá sentir motivado a aumentar la pena prevista para la formación de organizaciones terroristas

² A estos efectos, la pena de prisión requiere en virtud del art. 104 GG una ley formal, mientras que en las restantes penas, o sea, ante todo en las penas de multa, basta con una ley material (decretos legislativos), aunque se plantean elevadas exigencias en cuanto a la precisión de la norma de autorización. Sobre los límites constitucionales de dicha "técnica legislativa operativa en Derecho penal" cfr. la exposición que hace Kaschkat, F.-W. Krause-FS, 1990, 123, tomando como ejemplo la BtMG, que considera inconstitucional.

³ En un informe del año 1893 para la IKV (Unión Internacional de Derecho Penal) (§ 3, nm. 12), impreso en: *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905 (reimpr. 1970), t. 2, 75 ss. (80). La frase no sólo suena a "paradójica", como escribió el propio Liszt (loc. cit.), sino que también es incorrecta desde el punto de vista lógico, porque quien se comporta de modo impune precisamente no es un "delincuente" (cfr. Schünemann, 1978, 1, n. 2). Pero el sentido de esa ingeniosa formulación es no obstante inequívoco.

(§ 129 a I y II); pero en tal caso los propios sujetos que han dado motivo para ello habrán de ser juzgados siempre conforme al antiguo marco penal más benigno. Y ello aún no se deriva del principio "no hay delito sin ley", pues ya había un delito ("crimen") en el momento de comisión del hecho; es sólo el principio "no hay pena sin ley" el que da seguridad al autor también en este punto.

No es totalmente pacífica la cuestión de si también posee rango constitu- 5 cional el principio "*nulla poena sirte lege*". Su plasmación más importante, la prohibición de agravación retroactiva de la pena, se formula expresamente en el § 2 I StGB: "La pena y sus consecuencias accesorias se determinan por la ley vigente en el momento del hecho". Pero —a diferencia del tenor del § 1— este precepto no se reproduce en el art. 103 II GG. De ello se podría extraer la consecuencia de que una agravación posterior de la pena estaría ciertamente prohibida por el § 2 I, pero no constitucionalmente ⁴, ya que antes del hecho ha habido "punibilidad" en el sentido del art. 103 II GG.

Sin embargo la op. absolutamente dorn, sostiene que la Constitución tam- 6 bien garantiza el principio *nulla poena* ⁵; y con razón, porque el concepto "punibilidad" utilizado en el art. 103 II GG se puede interpretar sin forzarlo en el sentido de que abarca tanto el "si" cuanto el "cómo" de la punibilidad. Y con dicha interpretación, la "punibilidad" tampoco estaría determinada o fijada antes del hecho si posteriormente se agravara la previsión legal de pena. De esa idea partieron en todo caso los creadores de la GG ⁶, y además esa interpretación es la única ideológicamente correcta: pues la garantía constitucional del principio de legalidad tendría poco valor si no pudiera impedir también la posterior transformación de una previsión de pena muy benigna en una muy dura; en tal caso siempre sería posible la arbitrariedad estatal, que la Constitución pretende excluir. En consecuencia, si se parte de la base de que el art. 103 II GG (y correlativamente el § 1) acoge en su seno el principio *nulla poena*, entonces el § 2 sólo supone, respecto de su consecuencia más importante, a saber, la prohibición de una agravación retroactiva de la pena, una concreción clarificante en relación con la vigencia temporal de las leyes penales.

⁴ La cuestión fue muy discutida en la época de Weimar respecto del precepto del art. 116 WRV, equivalente al actual art. 103 II GG.

⁵ Cfr. solamente BVerfGE 25, 295; 45, 363, 371 ss. En época reciente sólo le siguen negando rango constitucional al principio *nulla poena*, Welzel, *StrafR*" [= PG, 1987; N. del T.], § 5 I 1; K. Peters, 1955, 23.

⁶ Detalladamente Schreiber, 1976, 202 ss.

II. Las cuatro consecuencias del principio de legalidad

Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de "prohibiciones", de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Las cuatro prohibiciones habrán de ser objeto de una exposición más detallada y separada (nm. 26 ss.); pero para comprender el principio de legalidad es preciso comenzar por hacer una caracterización general de las mismas.

1. La prohibición de analogía (*nuttum crimen, nulla poena sine lege stricto.*)

Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos). Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica). Dicha argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho penal y para proteger al reo está prohibida por el art. 103 II GG en la medida en que opere en perjuicio de aquél; pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada **legalmente** la punibilidad. Por eso, en los casos de los aparatos automáticos (nm. 2) hubo que descartar la punición por aplicación analógica del precepto sobre la estafa y absolver a sus autores. Por lo tanto, en caso de aplicación del Derecho en perjuicio del sujeto el poder del juez penal termina en los límites de la interpretación (para más detalles nm. 26 ss.).

2. La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)

En otros campos del Derecho se reconoce, junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario (no escrito). Sin embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar **legalmente** (para más detalles nm. 45 ss.).

3. La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)

Son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; o

respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (p.ej. prisión en vez de pena de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (p.ej. subirla de cinco a diez años de prisión). Esas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su clase o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente **antes** del hecho (para más detalles nm. 51 ss.).

4. La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nuttum crimen, nulla poena sine lege certa*)

Un precepto penal que tuviera v.gr. el siguiente tenor: "el que infringiere el 11 bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años", convertiría en superfluos múltiples parágrafos del StGB, pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible. La punibilidad no estaría "legalmente **determinada**" antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto, la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del Código Penal) es una consecuencia del principio de legalidad. Pero también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas. Así, si p.ej. el § 303 se formulara así: "el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será castigado", sería anticonstitucional y nulo, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer (para más detalles nm. 65 ss.).

III. Historia y vigencia internacional del principio de legalidad ⁷

El Derecho romano y el Derecho medieval románico preveían ya en cierta medida prohibiciones de retroactividad ⁸, pero era absolutamente usual castigar conforme al Derecho consuetudinario o al arbitrio judicial. La Constitutio Criminalis Carolina, o Peinliche Gerichtsordnung (Ordenanza de los Tribunales Penales) del emperador Carlos V, de 1532, que regía el Derecho penal común alemán ⁹, si bien remite en sus arts. 104 y 105 fundamentalmente al Derecho positivo, encomienda la clase y medida de las penas a la "buena costumbre" y al juez y permite también la aplicación analógica del Derecho positivo a "casos penales innominados"; además reconoce otras múltiples fuentes del Derecho, por todo lo cual no ofrecía ninguna garantía frente a los castigos extralegales. Pero incluso esa muy limitada vinculación a la ley de la Peinliche Gerichtsordnung se volvió a suprimir en los siglos xvi-xviii, sobre todo con la admisión de los "crimina extraordinaria", en los que la conducta merecedora de pena se podía sancionar incluso sin ley por decisión judicial.

⁷ Realiza una profunda "Introducción a la historia dogmática del principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege'" ("Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes 'nullum crimen, nulla poena sine lege'") Krey, 1983.

⁸ Detalladamente Schöckel, 1968; Pföhler, 1988.

⁹ Para los estudiantes es fácilmente asequible la Peinliche Gerichtsordnung como fascículo publicitario: Reclam-Heft n.º 2990, ed. por Radbruch/Arth. Kaufmann.

La arbitrariedad e inseguridad jurídica que ello producía preparó finalmente el cambio radical propugnado por los pensadores de finales del siglo XVIII y del XIX, que hizo posible la siguiente época de las codificaciones. A ese respecto aún no estaba en primer plano el deseo de proteger al ciudadano de la arbitrariedad del Estado, sino que se quería (sobre todo entre los pensadores del Derecho natural alemán)¹⁰ darles a los gobernantes del absolutismo ilustrado la posibilidad de imponer su voluntad del modo más amplio posible frente a los jueces; y para ello eran necesarias regulaciones en forma de leyes exactas. Pero ese deseo coincidió con las ideas liberales de la Ilustración, tendentes a la autolimitación del poder estatal, y que se impusieron ampliamente en las obras legislativas de la post-Ilustración (sobre los fundamentos histórico-ideológicos cooperantes cfr. nm. 18 ss.).

El principio de legalidad se encuentra por primera vez en 1776 en las Constituciones de algunos Estados federados americanos (Virginia, Maryland), a continuación en el Código Penal austríaco de José II, de 1787¹¹, en la célebre Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789¹², y poco después también en el Preußisches Allgemeines Landrecht (Derecho General del Territorio Prusiano) de 1794¹³. A partir de aquí penetra en las leyes de los Länder alemanes del siglo XIX, y en primer lugar en el StGB bávaro de 1813, redactado por Feuerbach (sobre Feuerbach cfr. § 3, nm. 22), en el que la rígida vinculación del juez a la ley aún se completaba a continuación con una prohibición expresa de los comentarios científicos (al respecto nm. 26, y para más detalles sobre la influencia de Feuerbach en el principio de legalidad cfr. nm. 22). En el StGB prusiano de 1851, que fue el antecesor del StGB de 1871 (cfr. § 4, nm. 1), se contiene el principio, en una traducción literal del art. 4 del Code Penal francés (1810), en el § 2: "Ningún delito grave, ningún delito menos grave y ninguna falta pueden ser sancionados con una pena que no estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho". El StGB de la Federación Nordalemana y finalmente el Reichsstrafgesetzbuch (Código Penal del Reich) de 1871 asumieron (en el § 2) esa versión con pequeñas modificaciones: "Una acción sólo puede ser sancionada con una pena si esa pena estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho".

¹⁰ Sobre ello Burian, 1970.

¹¹ Muchos autores consideran que José II, como gobernante absolutista, no quería proteger la libertad del ciudadano, sino consolidar su dominio eliminando el libre arbitrio judicial (cfr. nm. 13). Pero la verdad es que en este caso se compenetran ambos objetivos; el "absolutismo se ha impuesto ya con la idea ilustrada de la legalidad" (Schreiber, 1976, 81 s., 89 ss.). El problema se plantea también de modo similar en el Preußisches Allgemeines Landrecht (Derecho General del Territorio Prusiano).

¹² La cuestión de si la Declaración francesa se remonta más a la influencia de las Constituciones americanas o entronca casi por completo con la filosofía de la Ilustración europea, y en especial la francesa, es objeto de una conocida polémica. Lo correcto es considerar que ambas influencias fueron relevantes. Los artículos más importantes sobre ese tema están recogidos en el volumen colectivo, editado por Schnur, "Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte", 1964. Ofrece una síntesis Schreiber, 1976, 67 ss.

¹³ Para una síntesis al respecto, Schreiber, 1976, 83 ss.

En el art. 116 de la Constitución del Reich Alemán de 11-8-1919 (la llamada 15 "Constitución del Reich de Weimar": WRV), sin pretender una modificación del contenido ¹⁴, se sustituyó el concepto de "pena" por el de "punibilidad", que también se vuelve a encontrar en el art. 103 II GG; sólo ese cambio ha hecho posible la polémica sobre si junto al principio *nullum crimen* en la Constitución también se contiene el principio *nulla poena* (cfr. nm. 5 s.). Junto al nuevo texto se mantuvo la versión distinta del § 2 StGB; ésta no se modificó hasta que en 1935 el legislador nacionalsocialista la cambió por un texto que declaraba que también era lícito castigar "según la idea básica de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo", y que con la admisión de la analogía que ello implicaba abandonaba en gran medida las conquistas impuestas desde la Ilustración (cfr. ya § 4, nm. 14) ¹⁵.

Tras la guerra, ese § 2 nacionalsocialista fue inmediatamente declarado 16 inaplicable por los aliados (ya en 1945), y derogado expresamente y sustituido por una nueva versión del principio de legalidad (en 1946). Las Constituciones de los Länder alemanes y la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de 23-5-1949 (art. 103 II GG) regresaron sustancialmente al tenor literal del art. 116 WRV, y la nueva versión del § 2 I, aprobada por la 8.^a StrÄG de 4-8-1953, se adhirió literalmente al art. 103 II GG. Y así se mantuvo también en la Reforma del Derecho penal, que se limitó a cambiar la numeración de § 2 I por la de § 1, colocándolo al comienzo de la nueva Parte general del StGB en vigor desde 1-1-1975; y la propuesta de sustituir el término "punibilidad" en el sentido del antiguo § 2 por el de "pena" se rechazó, para no favorecer una interpretación más restrictiva que excluyera del art. 103 II GG el principio *nulla poena* ¹⁶.

Actualmente el principio de legalidad también tiene en el ámbito interna- 17 cional una vigencia extendida por casi todo el mundo como principio fundamental del Estado de Derecho (cfr. ya nm. 2) ¹⁷. La Unión Soviética abolió en 1917 el principio *nullum crimen*, pero en 1958 retornó al principio de legalidad, siendo seguida por todos los Estados socialistas de entonces. El principio ha sido también acogido en numerosas regulaciones supranacionales. Así se reconoce en el art. 7 CDH, que también rige como Derecho federal alemán. Sin embargo, el art. 7 II CDH admite respecto de los crímenes de guerra nazis que aun sin ley se castigue "conforme a los principios generales del Derecho reconocidos por los pueblos civilizados"; pero ese apartado no ha sido ratifi-

¹⁴ Cfr. sobre ello Anschütz, Kommentar zur WRV, ¹⁰1929, art. 116, n. 1, con ulteriores referencias.

¹⁵ Para más detalles sobre la evolución en el "Tercer Reich" Schreiber, 1976, 191 ss.; Naucke, 1981, 71; idem, Coing-FS, t. I, 1982, 225; Rüping, Oehler-FS, 1985, 27.

¹⁶ Referencias concretas en Schreiber, 1976, 204 ss.

¹⁷ Únicamente el CP danés de 1966 admite en medida restringida la analogía para fundamentar la pena; para más detalles al respecto Gomard, ZStW 83 (1971), 341 ss. También en el Derecho inglés rigen reglas especiales, en la medida en que el mismo se basa en los precedentes judiciales.

cado por la República Federal por considerar que infringe el art. 103 II GG. Asimismo en diversos tratados internacionales ratificados por la República Federal se consagra el principio de legalidad¹⁸, que igualmente ha sido acogido en la Declaración General de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10-12-1948, y en el art. 151 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 19-12-1966.

IV. Las raíces de teoría del Estado y penales aún vigentes del principio de legalidad

El principio de legalidad en su forma actual hunde sus raíces en el pensamiento de la época de la Ilustración (nm. 13 s.). En concreto se puede distinguir cuatro puntos de partida distintos, aunque conexos, en cuanto a su fundamentación, cuyo conocimiento es necesario también para una interpretación actual del principio. Para una primera división en grandes bloques se puede distinguir entre una justificación jurídicopolítica y una jurídicopenal, pudiéndose dividir ambas a su vez en dos componentes de legitimación distintos.

1. El liberalismo político

Un fundamento en el que aún hoy se basa el principio de legalidad reside en un postulado central del liberalismo político: la exigencia de vinculación del ejecutivo y del poder judicial a leyes formuladas de modo abstracto. La burguesía, en su enfrentamiento con el absolutismo, había conseguido la importante conquista de que los gobernantes y los jueces (a menudo dependientes de aquéllos) no pudieran ejercer la potestad punitiva a su libre arbitrio (y en su caso arbitrariamente), sino sólo en la medida en que haya una clara precisión legal de aquélla. Y a pesar del cambio de las circunstancias jurídicopolíticas, muchas fundamentaciones modernas del principio de legalidad se remontan a ese punto de vista. Así, cuando se entiende que el fin del art. 103 II GG es la idea de la protección de la confianza, de la previsibilidad y de la calculabilidad del Derecho penal¹⁹, o la evitación de decisiones en el caso concreto empañadas emocionalmente²⁰, o cuando se considera la "protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad judicial" como misión de la prohibición de analogía o de indeterminación²¹, todo ello no son sino manifestaciones de una misma concepción del objetivo de asegurar, mediante la

¹⁸ Para más detalles Jescheck, AT⁴, § 15 II 4.

¹⁹ Schreiber, 1976, 214 ss.; Tiedemann, 1969, 190 ss.; BVerfGE 13, 271; 14, 297; 15, 324; 25, 285; 26, 42; 37, 207.

²⁰ Grünwald, ZStW 76 (1964), 14 ss.; tb. Jakobs, AT², 4/9 ss., ve el significado principal de la vinculación a la ley en la "garantía de la objetividad".

²¹ Krey, 1977, 206 ss.; Lemmel, 1970, 156 s.

vinculación del poder del Estado a la ley abstracta, la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad.

2. Democracia y división de poderes

La segunda fundamentación, igualmente importante en cuanto a su alcance, 20 radica en el principio de la democracia basada en la división de poderes²². La aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en **la** instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo.

Indudablemente, la legitimación de las decisiones en materia jurídicope- 21 nal tomadas por el legislador sigue teniendo hoy una importancia fundamental tanto a efectos de teoría del Estado como de psicología social²³. Sólo que no se puede tomar aisladamente esta línea de fundamentación, sino que hay que contemplarla siempre en conexión con la idea de la garantía de la libertad mediante la vinculación a la ley (nm. 19): por una parte, porque el principio de la división de poderes, desarrollado por primera vez por Montesquieu (1689-1755) en su célebre libro "Del espíritu de las leyes"²⁴, no es sino una consecuencia constructiva del principio liberal del dominio de la ley; y por otra parte, porque la democracia y la división de poderes podrían fundamentar por sí solas las otras tres prohibiciones, pero no la prohibición de retroactividad²⁵, ya que la retroactividad no afectaría para nada a la vinculación del juez a la ley ni a la preeminencia del legislativo; por consiguiente, su inadmisibilidad sólo se puede derivar de los puntos de vista expuestos en el nm. 19.

3. Prevención general

Una tercera fundamentación del principio de legalidad es de naturaleza 22 jurídicopenal y originariamente se basa en la "teoría de la coacción psicológica" de Feuerbach (al respecto § 3, nm. 22). Es cierto que, como pone de

²² Grünwald, ZStW 76 (1964), 13 s.; Schünemann, 1978, 9 ss.

²³ Cfr. Schünemann, 1978, 11: un fallo basado sólo en la autoridad del juez no lo aceptaría nunca el ciudadano.

²⁴ Para estudiantes fácilmente asequible en la edición de Weigand, Reclam-Heft n.º 8953.

²⁵ Así tb. sobre todo Schreiber, 1976, 219. Algo distinto Schünemann, 1978, 24: "evitación de excesos del legislador en el campo de la Justicia".

relieve la evolución histórica (nm. 13 s.), Feuerbach no es en absoluto el creador de dicho principio, desarrollado y muchas veces también codificado bastante antes de él, y cuya fundamentación jurídicopolítica también consideraba decisiva él mismo. Pero Feuerbach no sólo ideó la formulación, que sigue siendo usual aún hoy, "*nulla poena sine lege*"²⁶, sino que le añadió una fundamentación autónoma partiendo de la teoría de la pena, a saber: si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida; pues si falta una ley previa o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear una pena o no.

Actualmente es frecuente considerar superada la teoría de la coacción psicológica (sobre la crítica a la misma cfr. § 3, nm. 25) y por tanto también la fundamentación del principio de legalidad derivada de ella. Pero con ello se desconoce que, si se complementa la idea de la intimidación con el "aspecto positivo" de la prevención general (al respecto § 3, nm. 26 s.), la fundamentación del principio *nullum crimen* desde la teoría de la pena resulta más actual que nunca²⁷. En efecto, si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos.

4. El principio de culpabilidad

Otra fundamentación jurídicopenal se deriva del principio de culpabilidad (sobre el mismo § 3, nm. 46 ss.). Si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legal-mente antes del hecho²⁸. Esta fundamentación del principio de legalidad o

²⁶ P. J. A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801 (¹⁴1847), § 20. Hoy se formula mayoritariamente como: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, distinguiendo entre conducta punible (*crimen*) y pena (*poena*); en cambio, Feuerbach agrupaba ambas cosas en el término *poena*, como también se hace actualmente con cierta frecuencia. Monografía: Bohnert, P. J. A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz, 1982.

²⁷ Perspectiva elaborada sobre todo por Schünemann, 1978, 11 ss.

²⁸ Sobre la fundamentación partiendo del principio de culpabilidad: Sax, 1959, 998 ss.; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, art. 103 II, nm. 165; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, 98.

de algunos de sus elementos tampoco es nueva en absoluto, sino que tiene una larga tradición histórica²⁹.

Actualmente, en la mayoría de los casos se le objeta a esta fundamentación 25 que no concuerda por completo con la regulación legal de la culpabilidad³⁰. En efecto, el § 17 sólo considera como presupuesto de la culpabilidad la posibilidad de conocer el **injusto**, no la **punibilidad** de una conducta; y por tanto el principio *nullum crimen*, al requerir la previa fijación de la **punibilidad**, va más lejos que las exigencias del principio de culpabilidad. Esto es indiscutible; pero por otra parte, también hay que tener en cuenta que la posibilidad de llegar a tener una conciencia del injusto referida al tipo, que presupone el § 17 para toda punición (al respecto cfr. § 21, nm. 12 ss.), en la práctica y por regla absolutamente general sólo se dará si el autor hubiera podido conocer el precepto penal³¹. En esa medida, por tanto, la idea de culpabilidad sí que se debe incluir entre los fundamentos del principio de legalidad. Lo único incorrecto es considerar el art. 103 II GG sólo o predominantemente como "especificación del principio jurídico penal de culpabilidad"³².

V. Interpretación y prohibición de analogía³³

1. Los límites de la interpretación en Derecho penal

a) El sentido literal posible en el lenguaje corriente como límite de la interpretación

La prohibición de analogía (nm. 8) plantea la tarea de tener que delimitar 26 la interpretación fiel a la ley, que está permitida, de la analogía creadora de Derecho, que está prohibida. Los que idearon el principio de legalidad en la época de la Ilustración aún no habían visto ese problema, puesto que partían de la base de que el juez no tiene nada que "interpretar", sino que sólo tiene que "aplicar" el inequívoco tenor literal de la ley³⁴. Es célebre el aforismo de Montesquieu³⁵, que afirma que los jueces no son sino la "boca" que pronuncia las palabras de la ley (sin añadidos propios): "les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi". Beccaria (1738-1794), el penalista seguramente más influyente de la Ilustración, derivaba de esa concepción del juez como un impersonal "autómata de la subsunción" la prohibición de interpre-

²⁹ Cfr. las referencias de Schreiber, 1976, 211.

³⁰ Grünwald, ZStW 76 (1964), 11 ss.; Schreiber, 1976, 209 ss.; Schünemann, 1978, 15.

³¹ Consideraciones acertadas y dignas de tomar en consideración al respecto en LK"-Schroeder, §17, nm. 6 s.

³² Sax, 1959, 999, 1001.

³³ Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 70 ss.

³⁴ Ampliamente sobre la posición del juez penal en los cambios de la historia Küper, 1967.

³⁵ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Libro 11, Cap. 6 (cfr. nm. 21, n. 24).

tación, tal y como Federico II había previsto inicialmente para el Derecho General del Territorio Prusiano ³⁶, y como luego se introdujo efectivamente por primera vez en el Código Penal bávaro de 1813 (cfr. ya al respecto nm. 14) ³⁷. Dicho autor afirma ³⁸: "ni siquiera la facultad de interpretar la ley penal puede atribuirse a los jueces penales, por la sencilla razón de que éstos no son legisladores"; por tanto, en su opinión, el juez sólo tiene que "llevar a cabo un silogismo completo (= procedimiento de deducción lógica)", y no hay "nada más peligroso que ese extendido axioma que sostiene que hay que consultar el espíritu de la ley".

Actualmente hay un acuerdo unánime en el sentido de que esa concepción mecanicista del juez es impracticable. Todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo en los conceptos normativos, es decir que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual, como v.gr. "injuria" (§ 185), sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir, que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de "hombre (ser humano)" (§ 212): Así, la cuestión de si alguien sigue siendo un ser humano, o es ya un cadáver, cuando se ha extinguido su cerebro pero aún funciona el aparato circulatorio, o la de si al comenzar los dolores del parto, en un determinado momento alguien sigue siendo un feto o es ya un ser humano, es algo que no está exactamente prefigurado por el tenor literal de la ley. Por el contrario, el juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación.

Por consiguiente, la verdad es que siempre sucede que el contenido de un precepto penal sólo es "determinado", en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial. Y la pregunta es cómo se puede conciliar esto con el art. 103 II GG, según el cual la punibilidad ha de estar "determinada **legalmente**" antes del hecho. Pues bien, con razón la doc. dorn. no extrae de ahí la consecuencia de que el principio de legalidad esté superado por el cambio en la forma de entender la aplicación judicial del Derecho (para más detalles al respecto nm. 31, 36 ss.), sino que parte de la base de que el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez ³⁹. A ese respecto el marco es delimitado

³⁶ Cfr. sobre ello Schreiber, 1976, 85 s.

³⁷ Un privilegio de publicación de 19-10-1813 prohibía que se comentara la ley y limitaba al juez a la utilización de las "anotaciones o comentarios oficiales" a la ley.

³⁸ En su obra, que sigue siendo importante actualmente, "Dei delitti e delle pene" (versión alemana: Über Verbrechen und Strafen), aquí cit. por la ed. de W. Alff, 1966, 55 s. (colección "insel", n.º 22).

³⁹ De modo detallado e instructivo sobre ello Krey, 1977, 113 ss. Sobre los límites del desarrollo judicial del Derecho, con múltiples ejemplos y coincidiendo en lo fundamental con la posición aquí mantenida, asimismo Krey, ZStW 101 (1989), 838.

por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)⁴⁰. Por lo demás, según el fin de la ley la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva. Por el contrario, una aplicación del Derecho al margen del marco de la regulación legal (*praeter legem*), o sea una interpretación que ya no esté cubierta por el sentido literal posible ^{40a} de un precepto penal, constituye una analogía fundamentadora de la pena y por tanto es inadmisibles.

Ejemplos ^{wh}:

a) ¿Hay una lesión causada "por medio de un arma" (§ 223 a) si el autor arroja ácido clorhídrico a la cara de la víctima? Sí (BGHSt 1, 1; en contra la jurisprud. del RG): pues, dado que el lenguaje corriente maneja el concepto de "arma química", el sentido literal no requiere restringir el concepto de arma a los instrumentos que operen mecánicamente. Asimismo, el fin de la ley de castigar más duramente los métodos lesivos especialmente peligrosos también aboga por incluir los medios químicos en el concepto de arma; aparte de que las lesiones por ácido clorhídrico pueden ser incluso mucho peores que p.ej. el golpe con un palo.

b) ¿Es aplicable el § 223 a si el autor golpea la cabeza de la víctima contra una pared? No (BGHSt 22, 235)⁴¹: pues, aunque según el fin de la ley podría parecer lógico aceptar que hay unas lesiones peligrosas, el tenor literal de la ley lo impide. "La percepción natural del lenguaje se rebela contra la pretensión de calificar como 'instrumento' a una pared fija, al suelo firme o a una roca" (sent. cit., 336). Por tanto habría una analogía prohibida si se quisiera castigar en tal caso por el § 223 a.

c) ¿Debe castigarse por el § 223 a al sujeto que en medio de las aperturas de una multitud le corta con una navaja de afeitar la trenza a la víctima, sin que ésta lo note? No: aunque es cierto que se cumple el tenor literal del precepto, que menciona expresamente el "cuchillo o navaja", sin embargo el tenor literal sólo suministra un marco para la interpretación teleológica; y el fin de la ley requiere que sólo se subsuman en el precepto las agresiones que puedan provocar lesiones considerables, lo que no sucede por cortar el cabello. Por lo tanto, una interpretación correcta ha de estar siempre cubierta por igual por el tenor literal y por el fin de la ley, y no basta con que sólo se cumpla uno de ambos criterios.

La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídicopolíticos y jurídicopenales del principio de legalidad (nm. 18-25). En efecto: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no "rige". Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimi-

⁴⁰ Aquí no se van a discutir más en detalle los principios generales de la interpretación, ya que no se trata de una materia específica del Derecho penal; pero lo que sí se hace a continuación es aplicarlos mediante ejemplos al Derecho penal. Una buena introducción proporciona Engisch, 1972.

^{40a} Precisando, Velten/Mertens, ARSP 1990, 516 (518), atienden al significado de la norma, "que resulta de la admisión de un correcto empleo del lenguaje".

^{40b} Sobre la problemática que en principio plantea la prohibición de analogía en relación con la 1.ª alternativa del § 223 a [lesiones causadas con un arma "u otro instrumento peligroso"], detalladamente Heinrich, 1993, 445 ss., 487 ss., 491 ss.

⁴¹ Sin embargo, el sector seguramente mayoritario de la doctrina mantiene la opinión contraria. Detalladamente al respecto y con ulteriores referencias Heinrich, 1993, 138 ss. (con su propia solución en loc. cit., 555 ss., 658, 660).

tación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática ^{41a}. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación.

Es cierto que incluso esta concepción se sigue alejando de la total vinculación a la ley, que tenían en mente los padres del principio de legalidad (nm. 26), por el hecho de que en la interpretación el juez, dentro del marco de regulación previamente fijado por el tenor literal, decide entre diversas posibilidades interpretativas. Pero, en primer lugar, ello radica en la propia naturaleza de las cosas y no lo puede cambiar ninguna concepción teórica (nm. 27). Y en segundo lugar, el principio de vinculación del juez a la ley ya se satisface teniendo en cuenta que el juez no es libre en la interpretación, sino que está vinculado a las decisiones valorativas legales, que por encargo de la ley él se limita a concretar completando la norma en la interpretación ⁴². Por tanto sería una interpretación incorrecta si p.ej. el juez subsumiera el corte de la trenza (nm. 29, ej. c) en el § 223 a fundamentándolo en que en su opinión debe castigarse de modo más duro cualquier utilización de cuchillos o navajas en conexión con lesiones; pues de ese modo estaría concediendo prioridad a sus propias concepciones políticojurídicas frente a los fines de la ley, cosa para la que no está legitimado.

Según estos puntos de vista se resuelve también para el Derecho penal la vieja polémica entre la teoría subjetiva de la interpretación, que atiende a la voluntad del legislador histórico, y la teoría objetiva, que considera decisivo el sentido objetivo de la ley, independiente de aquél y que en su caso puede irse modificando. La solución correcta está en el término medio: a la teoría objetiva hay que darle la razón en que no son decisivas las efectivas representaciones (que además a menudo no se pueden averiguar) de las personas y gremios que participaron en el proceso legislativo; así p.ej. hay que considerar como "armas" los medios químicos (nm. 29, ej. a), a pesar de que esto no se le había ocurrido a nadie en el momento de creación de la ley. Pero por otra parte hay que dar la razón a la teoría subjetiva en que el juez está vinculado a la decisión valorativa políticojurídica del legislador histórico ⁴³. La hipótesis de que existe un "sentido objetivo" de la ley, independiente de aquella decisión, desde el punto de vista lógico no es comprobable; y lo único que hace es enmascarar que dicho "sentido objetivo", desligado de los objetivos originarios

^{41a} Así tb. Neuner, 1992, 134 ss. (138).

⁴² En este sentido, detalladamente Krey, 1977, *passim*.

⁴³ Así sobre todo Krey, 1977, 173 ss., 182 ss.

de la ley, realmente consiste en finalidades subjetivas del juez, que suponen despreciar el principio de legalidad (cfr. el ejemplo del nm. 31 *in fine*).

b) La jurisprudencia

Pese a ciertas oscilaciones en cuestiones concretas, la jurisprudencia comparte predominantemente el punto de vista aquí mantenido. Son célebres las sentencias del RG⁴⁴ que rechazaron que se pudiera castigar como hurto (§ 242) la sustracción ilegítima de energía eléctrica, porque la energía no se puede calificar como cosa (corporal); lo que dio lugar a que (en el año 1900) se introdujera la tipificación penal de la sustracción de energía eléctrica (actual § 248 c). También el BGH se ha pronunciado claramente en múltiples ocasiones a favor de una interpretación teleológica dentro del marco del límite del tenor literal⁴⁵: "Dentro de los límites de lo lingüísticamente posible... todo concepto debe interpretarse según el sentido y fin del precepto en cuya estructura se utiliza tal concepto" (BGHSt 3, 303). "No hay ley que se avenga a una rígida limitación de su aplicabilidad sólo a aquellos casos que coincidan con la situación de partida que tenía presente el legislador; pues la ley no es letra muerta, sino espíritu que evoluciona de modo vivo, y que quiere progresar con las circunstancias de la vida y seguir vigente adaptándose con sentido a las mismas, con tal de que ello no suponga la voladura de la forma en la que se ha plasmado" (BGHSt 10, 159 s.). La última parte de la frase describe el límite del tenor literal, mientras que en cierto modo se evita que la expresión, algo equívoca, del "espíritu que evoluciona de modo vivo" suponga una extensión excesiva de la teoría objetiva (nm. 31 *in fine*, 32) mediante la referencia que se hace a continuación al "sentido y fin de la ley". También son frecuentes las alusiones al sentido literal posible como límite de la interpretación. Además de la citada sentencia sobre el concepto de "instrumento" (BGHSt 22, 235; nm. 29, ej. b), es especialmente gráfica la sent. BGHSt 23, 3, en la que se trataba de la cuestión de si el rapto de una mujer enferma mental contando con su voluntad natural, pero jurídicamente irrelevante, se puede considerar como rapto "contra su voluntad" en el sentido del actual § 237. Según la sentencia, la irrelevancia jurídica de la voluntad autoriza "sólo a sostener que falta la voluntad; pero ello aún no supone una voluntad contraria"; añadiendo que no es lícito "interpretar el elemento 'contra la voluntad' transformándolo en el elemento, de sentido diverso, 'sin consentimiento'". Y también para el BVerfG el sentido literal posible de la ley marca el límite máximo de la interpretación judicial admisible⁴⁶.

⁴⁴ RGSt 29, 111; 32, 165.

⁴⁵ Amplias referencias en Krey, 1977, 137 s.; y también en Krahl, 1986.

⁴⁶ Cfr. BVerfGE 47, 109; 64, 389; 71, 108; 73, 206; BVerfG NSTZ 1990, 395.

34 Por otra parte, tampoco son escasos los supuestos en que la jurisprudencia se ha saltado expresa o tácitamente el límite del tenor literal. El caso en que ello sucedió más claramente fue en BGHSt 10, 375 s., en la que se equiparó el hurto cometido mediante un vehículo de motor al hurto "mediante un vehículo uncido o de tiro", previsto en la Ley prusiana de hurto forestal. Cuando en la misma se afirma que "según el mero tenor literal ciertamente un vehículo de motor... no encaja en el precepto, pero sí según su sentido", esta afirmación como tal es correcta; pero con ella no se está describiendo interpretación alguna, sino una analogía, prohibida en Derecho penal⁴⁷. De modo similar, era equivocada la jurisprudencia sobre el § 142 v. a. (BGHSt 14, 217 s.; 18, 118 ss.), que interpretaba de un modo idiomáticamente imposible como "fuga" el hecho de no regresar al lugar del accidente causado sin dolo, de modo permitido o no culpable; la jurisprudencia tendría que haber esperado al cambio de formulación legal del precepto que luego se produjo (13.^a StrÄG de 13-6-1975) incluyendo esos supuestos en su tenor literal, y no podía anticiparse al mismo. También es insostenible la postura de BGHSt 23, 239 s., cuando califica la unión de sólo dos personas como "banda" en el sentido del § 244 I, n.º 3; pues el comentario del tribunal diciendo que el "sentido literal" no obliga a efectuar una interpretación distinta, acepta teóricamente el límite del tenor literal, pero lo rebasa en la práctica. Lo mismo ocurre cuando BGHSt 26, 95, considera posible una "interpretación literal" según la cual también habrá un ladrón que es "sorprendido" *in fraganti* por la víctima del hurto, conforme prevé el § 252, en caso de que el autor derribe a golpes a la víctima, sin que ésta hubiera notado antes su presencia⁴⁸. También es sorprendente la postura de BGHSt 2, 151, que ante un suicidio decidido responsablemente por el sujeto declara que está "conceptual y lingüísticamente excluida" (!) la posibilidad de afirmar que se trata de un "supuesto de infortunio" en el sentido del § 323 c [omisión de socorro], mientras que en cambio la jurisprudencia posterior (por primera vez BGHSt 6, 147) deja de lado con facilidad esa objeción. Tampoco se puede aceptar la posición del BGH cuando en una jurisprudencia constante (desde BGHSt 27, 45; últimamente NStZ 1990, 539) considera que ya hay una "transmisión" en el sentido del § 259 [transmitir o dar salida a bienes de origen ilícito en la receptación] en cualquier actividad sólo preparatoria de la transmisión. La fundamentación consistente en que un tipo como el § 259, que solamente ha experimentado una nueva redacción y que el legislador no ha querido modificar respecto de la actividad de transmisión, se puede interpretar "no tanto

⁴⁷ Lo mismo sucede cuando en BGHSt 6, 396, se dice: "... la interpretación de la disposición no está limitada por el tenor literal, sino que todo depende del sentido y fin que ha perseguido... el legislador".

⁴⁸ Igual que aquí, entre otros, SK³-Samson, § 252, nm. 5; R. Schmitt, Jescheck-FS, 1985, 233; Krey, BT/2 ", nm. 211; Ídem, ZStW 101 (1989), 849. Por lo demás, la sentencia ha sido discutida en la doctrina; e incluso en BGHSt 28, 227, se pone en duda que sea correcta.

según el tenor literal", que además "no es vinculante" aquí (BGHSt 27, 50), sólo sirve para encubrir insuficientemente que se está rebasando el límite del tenor literal, que también se reconoce en principio en este caso.

Frente a esto, algunas recientes sentencias vuelven a poner de manifiesto 35 una laudable vuelta al respeto del principio de legalidad. Así reconoce ahora BGHSt 28, 147 ss. (hasta cierto punto en contradicción con BGHSt 23, 239 s.), que la conjunción de dos personas no es una "asociación" en el sentido del § 129, apelando para ello a una "interpretación tanto según el uso del lenguaje como según el sentido y fin de la ley", y a la tesis de que "ha de evitarse una excesiva extensión judicial de los tipos penales" (loe. cit., 148). Asimismo, BGHSt 29, 129, mantiene la concepción de que el mero hecho de pegar carteles en sitios no autorizados no es aún constitutivo de daños (§ 303), en contra de la opinión predominante hasta entonces en doctrina y jurisprud., y la basa en la prohibición de analogía (loe. cit., 133): "De ese modo la interpretación del § 303 StGB se apartaría de modo inadmisiblemente del sentido literal del elemento 'dañar' y además pasaría por alto que la ley distingue entre el deslucimiento (§ 134 StGB) y el daño de una cosa (§ 303 StGB)". Y BGHSt 34, 171, objeta en contra de la subsunción de la puesta en marcha de una cadena de cartas en la figura de los juegos de azar ilícitos, que en ese caso falta la apuesta conceptualmente típica del juego de azar; y añade que de ahí se sigue que: "una interpretación así haría que el concepto de juego de azar de ese precepto fuera tan impreciso que el § 284 StGB sería incompatible con el mandato de precisión o determinación que se deriva del art. 103 II GG" (loe. cit., 178). Frente a la jurisprud. del RG, BGHSt 37, 226, ha resuelto en el sentido de que el pago de una pena de multa efectuado por un tercero no encaja en el tipo de la frustración de la ejecución de una pena (§ 258 II) [modalidad de favo-recimiento personal], invocando para ello el tenor literal de la ley: "nada hay en el tenor literal del § 258 II... que indique que frustra la ejecución de una pena de multa aquel que, sin interferirse en el proceso externo de ejecución, se cuida de que se pague la multa...". Por consiguiente, en definitiva se puede decir que algunos "patinazos" ocasionales no ponen en tela de juicio la disponibilidad que en principio tiene la jurisprudencia para respetar el límite de la interpretación.

c) Opiniones discrepantes en la doctrina

Frente a esto, en la doctrina penal hay autores de renombre que niegan 36 que el juez penal esté vinculado al tenor literal de la ley⁴⁹. Pero ninguna de las razones que se alegan para considerar insostenible el límite del tenor literal es convincente. Así, un argumento manejado frecuentemente consiste en que

⁴⁹ Sax, 1953, 147 ss., 152 ss.; Arth. Kaufmann, 1965, 3-5, 31, 47; W. Hassemer, 1968, 162 ss., 165; Schmidhäuser, LB AT², 5/42; Stratenwerth, AT³, nm. 98 ss.; Jakobs, AT², 4/35 ss.

no existe ninguna diferencia lógica entre interpretación y analogía, porque toda interpretación consiste también en una comparación de la similitud. Y en efecto, esto es cierto: pues cuando p.ej. se interpreta el hecho de arrojar ácido clorhídrico a la víctima como agresión con un "arma" (nm. 29, ej. a), ello se basa en que los medios químicos, desde el punto de vista de la valoración legal, son equivalentes, similares a una pistola o un cuchillo; y en el caso de argumentación por analogía prohibida, como sucede en el caso de golpear la cabeza de la víctima contra una pared (nm. 29, ej. b), el procedimiento lógico no es distinto en absoluto. Pero esa igualdad del procedimiento de argumentación no nos impide distinguir entre su aplicación dentro y fuera (al margen) del límite del tenor literal, y considerar que el primer supuesto es lícito y que en cambio el segundo está prohibido en Derecho penal. El límite del tenor literal no caracteriza ninguna diferencia en la estructura lógica del proceso de aplicación del Derecho, sino que tiene su justificación en premisas jurídicopolíticas y penales independientes de esa estructura (nm. 30). Naturalmente que, en vez de hablar de interpretación y analogía, también se puede hablar de interpretación lícita e ilícita o de analogía permitida y prohibida; pero éstas son cuestiones puramente terminológicas, sobre las que no merece la pena discutir.

- 37 Una segunda objeción parte de la base de que, a la vista de la imprecisión del lenguaje y de su manipulabilidad jurídica, el tenor literal no permite ninguna delimitación aprovechable⁵⁰. Pero esto es en todo caso falso si se recurre también al contexto para delimitar el sentido literal⁵¹. Es cierto que en la mayoría de los casos las palabras admiten varios significados e interpretaciones (nm. 27); pero en este contexto ello es irrelevante, porque **todas** las interpretaciones lingüísticamente posibles siguen encajando dentro del ámbito de la interpretación (nm. 27 s.). Pero no se puede afirmar en serio que los significados posibles de una palabra no tienen ningún límite, porque ello impediría toda posibilidad de entenderse mediante palabras. Y también es cierto que ese límite puede resultar dudoso en el caso concreto; pero la posibilidad conceptual de dudas, que existe en todas las distinciones jurídicas, no modifica en nada la legitimidad de una diferenciación. Por tanto sólo queda en pie la alusión a la manipulabilidad de los conceptos. Así, si p.ej. se pudiera decir que un automóvil es, "en el sentido jurídico del término", un "vehículo uncido o de tiro (animal)" (nm. 34, parte inicial), ciertamente dicho uso jurídico del lenguaje haría imposible delimitar interpretación de analogía. Pero esto se puede evitar, como hace la op. dorn., limitando la interpretación al contenido

⁵⁰ Así p.ej. dice Jakobs, AT², 4/35, que "para todas las palabras de empleo no totalmente infrecuente, por regla general se puede ofrecer un arsenal tan amplio de significados en el lenguaje corriente que la formación de conceptos jurídicopenales no resulta limitada de modo apreciable".

⁵¹ Fundamental al respecto Schünemann, 1978, 19 ss.

del significado en el lenguaje corriente, al uso del lenguaje de la vida normal⁵². Y ello ha de ser así, porque un uso esotérico del lenguaje no podría ser comprendido por el ciudadano sin formación previa, al que se dirige la ley penal⁵³, y necesariamente destruiría los fundamentos teleológicos del principio de legalidad (nm. 18-25, 30).

Los autores que rechazan el límite del tenor literal derivan de ello funda- 38 mentalmente dos consecuencias: o bien atienden al sentido y fin de la ley, a la *ratio legis*⁵⁴, y consideran como interpretación cualquier explicación que siga siendo compatible con ello, o bien rechazan por completo la distinción entre interpretación y analogía^{54a}. Ambas teorías acaban llegando a la misma conclusión, a saber, que sólo está prohibida una "aplicación libre del Derecho" totalmente desvinculada de las finalidades legales⁵⁵. Pero la verdad es que de ese modo el art. 103 II GG pierde toda significación, pues la aplicación (o creación) totalmente libre del Derecho también está vedada fuera de su ámbito de vigencia en otros campos del Derecho. En definitiva, la postura de ignorar un mandato constitucional que ello implica, es inaceptable.

⁵² Al respecto AK-Hassemer, § 1, nm. 79, que destaca como ventaja decisiva del criterio del tenor literal su "exterioridad" frente a la interpretación de la ley, y añade que la posibilidad de verificar el significado de los términos con la ayuda de diccionarios y colecciones de sentencias le marca desde fuera un límite al aplicador del Derecho, del que él mismo no puede disponer. Sin embargo, Hassemer (loe. cit., nm. 95; idem, 1992, 71 ss., 89 s.) considera estructuralmente iguales interpretación y analogía, y niega que la prohibición de analogía garantice posiciones jurídicas de un modo fiable.

⁵³ Así lo destacan con razón Baumann/Weber, AT⁹, § 13 I 3. Sin embargo, de ello también se sigue que no toda "jerga" regional o restringida a determinados grupos puede considerarse lenguaje corriente.

⁵⁴ Cfr. p.ej. Germann, ²1967: "Por encima del tenor literal de la ley" está "'su sentido y fin'. Y ello rige incluso para el Derecho penal". También se pueden incluir aquí las posiciones de Arthur Kaufmann, 1965, 41, y Sax, 1959, 1003, 1008 ss., que convierten, respectivamente, el "tipo (clase) de injusto" y el "tipo (clase) de lesión del valor" en límite de la interpretación. Similar tb. Stratenwerth, AT³, nm. 100, que se fija en la "idea básica" de la ley: "A este respecto el tenor literal de la ley constituye ciertamente el punto de partida, pero no un baremo rígido:... si resulta demasiado estrecho, puede ser rebasado, interpretado 'correctivamente'". Schmidhäuser, Martens-GS, 1987, 231 ss., califica como "utopía propia del Estado de Derecho... la precisión de la ley penal"; y aunque recomienda "no alejarse demasiado del tenor literal de la ley" (p. 245), por lo demás entiende que el cometido del juez es solamente "aplicar la ley lo más razonablemente posible, salvaguardando los valores del Estado de Derecho" (p. 244). Según Höpfel, JB1 1979, 575, la prohibición de analogía sólo "se vulnera por una actuación judicial en perjuicio del inculpaado que no concrete directamente y con la debida racionalidad una conminación penal legal". Cfr. tb. la crítica de Suppert, 1973, 77 ss. Schick, R. Walter-FS, 1991, 625 (641), sostiene que la analogía y la interpretación excesivamente extensiva están permitidas incluso en perjuicio del reo, con tal de que no se vulneren las valoraciones básicas políticocriminales.

^{54a} Yi, 1992, 265 ss., sólo admite por ello que haya analogía prohibida cuando ya no sea posible una fundamentación de la interpretación; sin embargo el juez ha de decidir "*in dubio pro libertate*" (loe. cit., 300).

⁵⁵ Para más detalles Krey, 1977, 49 ss.

Jakobs ⁵⁶ admite que se sobrepase el límite del tenor literal si se dan cuatro requisitos: (1) continuidad de la evolución conceptual, (2) arbitrariedad en la valoración que de lo contrario existiría, (3) igual (en rango) necesidad de regulación, y (4) aptitud para solucionar el problema. Sirviéndose de esos criterios considera p.ej. lícito subsumir un "camión" en el concepto de "vehículo uncido o de tiro" (cfr. nm. 34). Pero entonces, ¿por qué no se iba a poder interpretar también, en el curso de una "evolución conceptual continua", la electricidad como "cosa" (nm. 33), y una pared como "instrumento peligroso" (nm. 29, ej. b)? Ahora bien, si se admite esto, se habrá perdido todo efecto limitador. Por otra parte, cuando Jakobs, coincidiendo con RG JW 1933, 2911, interpreta que la "capacidad de concebir" encaja también en la "capacidad de procrear" en el sentido del § 224 [lesiones graves], es cierto que tiene razón; pero tal interpretación sigue estando cubierta por el uso del lenguaje, donde se habla de los dos padres como los "progenitores" del hijo.

2. El ámbito de vigencia de la prohibición de analogía

a) Su vigencia en la Parte especial y en las conminaciones de pena

La prohibición de analogía comprende en primer lugar los tipos penales de la **Parte especial** y las **conminaciones de pena** o penas abstractas previstas (al respecto nm. 4), aunque éstas se encuentren excepcionalmente en la Parte general; así sería inadmisibles, por supuesto, aplicar por analogía la pena prevista para la tentativa de inducción al delito (§ 301) a la complicidad intentada, que no está penada. Aparte de ello, tal prohibición rige también respecto de las **leyes penales en blanco** ^{56a}. Estas consisten en conminaciones penales (que se encuentran sobre todo en el Derecho penal accesorio o especial) que remiten a otros preceptos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad; y en ellas rige también la prohibición de analogía respecto de la regulación complementadora, que constituye el tipo propiamente dicho. En cambio, en los casos en que el Derecho penal se adhiere a los conceptos formados en otros campos del Derecho —p.ej., las cosas "ajenas" en los §§ 242 ss., 246, 249 ss. o 303 son cosas que se encuentran bajo la "propiedad" de otro—, se comporta de modo totalmente accesorio; y por tanto protegerá también v.gr. la propiedad de garantía, desarrollada *praeter legem*. En el campo de las **consecuencias jurídicas** también hay que afirmar la aplicabilidad de la prohibición de analogía a las cargas (§ 56 b) y reglas de conducta (§§ 56 c y d)⁵⁷, porque el carácter oneroso de la condena condicional reside principalmente en esas consecuencias. Además el BGH aplica también la prohibición de ana-

⁵⁶ Jakobs, AT², 4/41.

^{56a} Al respecto Laahts, 1991.

⁵⁷ Según la doc. dom., la prohibición de analogía no afecta a las reglas de conducta, porque las mismas sirven exclusivamente para fines preventivo-especiales; cfr. Krey, 1977, 221, con ulteriores referencias. Pero las penas preventivo-especiales ¡también son penas!

logía, "por razones del Estado de Derecho", a las **consecuencias accesorias sin carácter penal** (BGHSt 18, 140). Respecto de las **medidas de seguridad** es cierto que no rige directamente, porque en las mismas no tiene que haber en absoluto "punibilidad"; pero en este caso, la reserva de ley válida con carácter general en el Derecho público prohíbe una analogía en contra del reo⁵⁸.

b) Su vigencia en la Parte general

No está muy clara la cuestión de hasta qué punto la prohibición de analogía 41 rige en la **Parte general** del Código Penal al margen de las regulaciones de las consecuencias jurídicas propiamente dichas. En todo caso es aplicable en los casos en que la Parte general contiene preceptos que amplían la punibilidad más allá de los tipos de la Parte especial, es decir, en la tentativa, coautoría y participación. Así, cuando p.ej. el legislador requiere para la participación un hecho principal doloso (§§ 26, 27), no es admisible, frente a lo que mantiene una extendida opinión, hacer una aplicación analógica de esos preceptos y castigar "como" un partícipe a quien se imagine erróneamente el dolo del autor. Asimismo está prohibido restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad más allá de los límites de su tenor literal, o extender, haciendo lo propio, las condiciones objetivas de punibilidad (cfr., para una ojeada de conjunto sobre esos conceptos, § 7, nm. 7 s.); pues de ese modo simultáneamente se está ampliando más allá del actual tenor literal de la ley la punibilidad de quien se ampara en la concurrencia o, respectivamente, no concurrencia de sus circunstancias⁵⁹.

En cambio, la situación es distinta en las **causas de justificación**⁶⁰. En 42 efecto, las mismas no son una materia específica del Derecho penal, sino que proceden de todos los campos del Derecho (para más detalles § 7, nm. 6); y en consecuencia, en esos campos también son objeto de ulterior ampliación por la vía del desarrollo judicial del Derecho, y a menudo son restringidas con independencia de su tenor literal externo, conforme a los principios ordenadores legales en que se basan. Por eso el Derecho penal ha de seguir esta orientación en aras de la unidad del ordenamiento jurídico: pues no es posible que una misma causa de justificación tenga presupuestos diferentes en un sitio y en otro, con la consecuencia de que una conducta que p.ej. en Derecho civil se considere como un injusto generador de la obligación de indemnizar, en cambio en Derecho penal se califique de lícita y obtenga la aprobación de todo el ordenamiento jurídico. Y también es necesario prescindir del límite

⁵⁸ Para más detalles Krey, 1977, 218 ss.

⁵⁹ Así tb. p.ej. Jescheck, AT⁴, § 15 III 2 c; Krey, 1977, 236; Maurach/Zipf, AT/1⁸, 10/21; Sch/Sch/Eser²⁴, § 1, nm. 27; LK "Gribbohm, § 1, nm. 38.

⁶⁰ Para una exposición del estado actualmente poco claro del problema, Krey, 1977, 233 ss.

del tenor literal en las causas de justificación que, como sucede en la legítima defensa (§ 32) o en el estado de necesidad justificante (§ 34), están reguladas en el propio Código Penal ⁶¹, ya que las mismas no son válidas sólo para el Código Penal, sino para todos los sectores jurídicos. Por tanto, en la interpretación de las causas de justificación también el juez penal está vinculado sólo por el fin de la ley (los principios reguladores legales), aunque naturalmente en las mismas tampoco puede tener lugar una "aplicación o creación libre del Derecho" ⁶².

c) ¿Prohibición de analogía en el Derecho procesal?

En Derecho procesal en principio no rige la prohibición de analogía en contra del reo (RGSt 53, 226). Sin embargo, en las condiciones (o presupuestos) de procedibilidad, que frecuentemente están muy próximas a las condiciones objetivas de punibilidad o a las causas de exclusión de la punibilidad del Derecho material ⁶³, hay que examinar en el caso concreto si hay que aplicar análogamente la prohibición de analogía por razones propias del Estado de Derecho. Así no cabe castigar unas injurias sin que haya querrela (§ 194), aduciendo que el elemento del especial interés público, que en las lesiones autoriza a proceder al margen de la querrela (§ 232), se puede aplicar aquí correlativamente (BGHSt 7, 256).

d) La analogía favorable al reo

En cambio, la analogía favorable al reo es también lícita sin la menor restricción en Derecho penal ⁶⁴. Así p.ej. se puede aplicar por analogía el § 31 (eximente de desistimiento de los actos preparatorios del delito) a los tipos de la Parte especial que configuran actos preparatorios como delitos autónomos, pero que no contienen ninguna disposición sobre el desistimiento (v.gr. el § 234 a ni: BGHSt 6, 85, 87 ⁶⁵).

⁶¹ En contra Kratzsch, GA 1971, 72; idem, JuS 1975, 437 s. Igualmente Runte critica esta posición como disolución de garantías del Estado de Derecho. También Hirsch, Tjong-GS, 1985, 50 ss., rechaza que en las causas de justificación reguladas por la ley penal se pueda castigar más allá del límite del tenor literal. Según Hirsch, si en algún caso sucede que conforme a los "principios generales de metodología jurídica" resulta adecuada una restricción que rebase el sentido literal posible, el sujeto que vaya más allá de la restricción infringirá el ordenamiento jurídico y se le podrá exigir responsabilidad civil por ello; pero, en cambio, a efectos jurídicopenales hay que proceder "como si la conducta estuviera justificada" (p. 61). Sin embargo, en su opinión la prohibición de analogía no rige para las causas de justificación reguladas fuera de la ley penal o de Derecho consuetudinario (p. 63). Contra tal diferenciación hay que decir que es algo casual el que una causa de justificación esté regulada aquí o allá, o que no lo esté en absoluto, por lo que no se debe deducir de ese hecho casual ninguna diferencia jurídica.

⁶² Así ya, en cuanto al resultado —aunque con una perspectiva algo diferente en la fundamentación— mi ensayo "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, ²1973, 31 s. [= Política criminal y sistema del DP, trad. e introd. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972, 63 ss.; N. del T.]. Asimismo (con una fundamentación que yo mismo he seguido ampliamente en el texto) Krey, 1977, 233-236. La doc. dom. todavía sigue sin ser apenas consciente de la posición especial de las causas de justificación.

⁶³ Cfr. Roxin, Strafvfahrensrecht, ²³1993, § 1, nm. 13, § 21, nm. 22. Para más detalles sobre la delimitación ver *infra* § 23, nm. 40 ss. Desde el punto de vista histórico-dogmático Pföhler, 1988.

⁶⁴ Cfr. la recopilación de ejemplos efectuada en LK ¹⁰-Tröndle, § 1, nm. 39.

⁶⁵ Cfr. LK "-Roxin, § 31, nm. 2.

VI. La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena ⁶⁶

Del tenor literal y del sentido del principio de legalidad se sigue necesaria- 45 mente que en Derecho penal está prohibida la aplicación del Derecho consuetudinario en perjuicio del reo (nm. 9, 19 ss.). Efectivamente, nadie discute que en la Parte especial no se pueden crear nuevos tipos, ni penas típicas ni posibilidades de perseguibilidad mediante Derecho consuetudinario: Así, el uso ilegítimo de cosas ajenas (*furtutn usus*), que sólo se castiga legalmente en casos excepcionales (§ 248 b), no se puede convertir en punible con carácter general mediante Derecho consuetudinario; la tentativa de lesiones simples (§ 223), cuya impunidad es frecuentemente criticada, tampoco se podría transformar en punible mediante la correspondiente praxis judicial; como tampoco podría obtener nunca una legitimación jurídicoconsuetudinaria el rebasar el límite máximo de un marco penal que se considere demasiado leve; y tampoco se podría suprimir por Derecho consuetudinario la exigencia de querrela para algún delito, porque en ese caso, si no hubiera habido querrela, se produciría un castigo que no ha sido querido por la ley⁶⁷.

Frente a esto, en la doctrina está bastante extendida la opinión de que en 46 la Parte general existe "en amplia medida Derecho consuetudinario a efectos de fundamentar y de agravar la pena" ⁶⁵. Desde luego hay que excluir de entrada que esto pueda suceder en las normas penales equivalentes a los tipos; así p.ej. la complicidad intentada, que es impune (cfr. § 30), no se puede convertir en punible por Derecho consuetudinario. Pero a los presupuestos generales de la punibilidad que no están regulados expresamente en la ley, mayoritariamente se les atribuye una validez de Derecho consuetudinario, y también aunque vayan en perjuicio del autor. Así se sostiene que, entre otras, las teorías sobre la relación causal, sobre la delimitación entre acto preparatorio y tentativa, sobre dolo, imprudencia y error, o sobre consentimiento, delitos omisivos y autoría mediata, tienen rango de Derecho consuetudinario en la medida en que la ley no efectúe una regulación expresa al respecto⁶⁹.

Esta posición debe rechazarse. Lo único que es cierto es que a menudo el 47 legislador ha dejado abiertos amplios campos de las teorías generales del Derecho penal y los ha encomendado a la decisión de la jurisprudencia; en parte, por las dificultades que en muchos casos se oponen a una codificación de tales materias, y en parte por los loables deseos de no bloquear la evolución cien-

⁶⁶ Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 35 ss.

⁶⁷ En el supuesto de la querrela se trata, como en nm. 43, de una aplicación analógica del art. 103

II GG.

⁶⁸ LK 10-Tröndle § i, nm. 26.

⁶⁹ Cfr. p.ej. LK ¹⁰-Tröndle, § 1, nm. 27; Maurach/Zipf, AT/1 ⁸, 8/41; Schmitt, Jescheck-FS, 1985, 224 ss.

tífica mediante la fijación escrita de un estadio del conocimiento que después va a quedar superado. Pero lo que los tribunales deciden en esos campos y en otros similares, **siempre** y sólo es un resultado de la interpretación ⁷⁰ y no tiene **nunca** — aunque haya una jurisprudencia constante— el carácter normativo vinculante del Derecho consuetudinario. A ese respecto ni siquiera es decisivo el hecho de que en una posición jurisprudencial sólo muy raramente se dará la convicción jurídica general que junto a la praxis constante es precisa para las construcciones de Derecho consuetudinario, puesto que en Derecho penal son discutidas casi todas las teorías generales, e incluso las conclusiones seguras casi nunca penetran en la conciencia popular. La razón por la que ya no puede generarse un Derecho consuetudinario para fundamentar la responsabilidad penal es porque lo prohíbe el art. 103 II GG.

Frente a esto no cabe contraargumentar⁷¹: "Esto suena bien, pero no autoriza a cerrar los ojos ante la realidad". Pues aunque es verdad que en la praxis algunos resultados de la interpretación se aplican "como si fueran leyes", lo cierto es que siempre se diferencian de ellas en que los tribunales no están vinculados a los mismos como a leyes, sino que en todo momento pueden discrepar de esos resultados y acoger una opinión mejor fundada. Así nada obstaría a que p.ej. en el campo de la causalidad, que se adjudica con especial frecuencia al Derecho consuetudinario, la jurisprudencia pasara de la teoría de la equivalencia; que constantemente aplica (§11, nm. 5 ss.), a la teoría de la adecuación (§11, nm. 31 ss.) o a otros puntos de vista de imputación (§11, nm. 43 ss., 59 ss., 85 ss.). Esto es algo que hay que tener siempre presente, porque sólo de ese modo puede la jurisprudencia seguir la evolución científica, en atención a la cual el legislador ha optado por una continencia codificadora, en vez de mantenerse rígidamente vinculada a un pretendido Derecho consuetudinario ⁷².

Ahora bien, hay pequeñas excepciones, que son correlativas a las existentes en la prohibición de analogía y que se pueden fundamentar como en la misma (nm. 40, 42). En los casos en que el Derecho penal asume conceptos procedentes de otros campos del Derecho, se produce junto con ello una recepción de tales excepciones. Así, si la institución jurídicocivil de la propiedad o (antes de su fijación en la BJagdG) el concepto jurídicopúblico de "animal de caza" sufren ampliaciones por Derecho consuetudinario, simultáneamente se amplían los tipos del hurto (§ 242) y de la caza furtiva (§ 292) ⁷³. Y del mismo modo, las restricciones de Derecho consuetudinario a las causas de justifica-

⁷⁰ En este sentido tb. Jescheck, AT ⁴, § 12 IV 2; Jakobs, AT ², 4/46.

⁷¹ Maunz/Dürig - Dürig (estado 1960), GG, art. 103 II, nm. 112.

⁷² Tb. expresan sus reparos frente a la tesis de que las teorías generales del Derecho penal son Derecho consuetudinario, sobre todo SK ⁵-Rudolphi, § 1, nm. 21, y, de modo algo menos decidido, Stratenwerth, AT ³, nm. 92 ss.

⁷³ Cfr. sobre ello tb. LK ¹⁰-Tröndle, § 1, nm. 25, así como LK "Gribbohm, § 1, nm. 71.

ción pueden operar en el ámbito de la restricción fundamentando la responsabilidad penal.

En cambio, a efectos de atenuar y eximir de responsabilidad penal el Derecho consuetudinario es admisible sin restricciones, exactamente igual que la analogía favorable al reo (nm. 44). No obstante, los resultados de la interpretación de la jurisprudencia, aunque sean favorables para el reo, sólo raramente constituyen Derecho consuetudinario —por las razones indicadas en nm. 47—, por lo que sigue siendo posible una modificación de la jurisprudencia en sentido más estricto. Pero de todos modos, en casos concretos se puede constatar la existencia de Derecho consuetudinario con efecto eximente. Así, al menos antiguamente se podía reconocer el derecho de corrección del maestro como causa de justificación jurídicoconsuetudinaria (para más detalles al respecto § 17, nm. 38 ss.), y también el "estado de necesidad suprallegal" creado por la jurisprudencia (al respecto § 16, nm. 4 ss.), antes de ser codificado como § 34 en la nueva Parte general, había adquirido fuerza justificante por Derecho consuetudinario, por lo que la jurisprudencia de la postguerra no hubiera podido dar un giro absoluto y abandonar esa posición. Además, no se puede excluir la posibilidad de que una "usanza" regional firmemente asentada pueda producir una causa de justificación jurídicoconsuetudinaria^{73a}. Y también ocurre a veces (¡aunque infrecuentemente!) que caiga en el olvido un precepto penal (casi siempre del Derecho penal especial o del de un Land) y que por su permanente inaplicación finalmente sea derogado (= deje de estar en vigor) por Derecho consuetudinario.

VII. La prohibición de retroactividad y la vigencia temporal de las leyes penales⁷⁴

1. La fundamentación de la prohibición de retroactividad

La prohibición de retroactividad se deriva del art. 103 II GG^{74a}, del § 1 y, 51 en cuanto a la pena, también del § 2 I (sobre las cuestiones básicas ya nm. 4-6, 10). Es más que difícil fundamentarla en el principio de la división de poderes (nm. 21, pero tb. n. 25), pero sí que se deriva forzosamente de las otras tres raíces del principio de legalidad dentro de los límites anteriormente (nm. 19 ss.) indicados y, a diferencia de la prohibición de analogía, no está expuesta a ninguna duda fundamental en cuanto a su aplicación. La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad políticojurídica por el hecho que que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho⁷⁵.

^{73a} Esta materia algo escurridiza ha sido poco investigada. Aboga por la apreciación de un error de prohibición invencible Lorenz, MDR 1992, 630.

⁷⁴ Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 48 ss.

^{74a} Cfr. al respecto Dannecker, 1992, 249 ss.

⁷⁵ Cfr. al respecto especialmente Grünwald, ZStW 76 (1964), 17.

2. La ley vigente en el momento del hecho

La "ley que está vigente en el momento del hecho" (§ 2 I), ha de haber entrado en vigor ya en ese momento (al respecto art. 82 II GG) y no puede haber dejado —sea por derogación, por transcurso de un plazo temporal, por Derecho consuetudinario en contra o por falta de objeto— de estar en vigor. El "momento del hecho", según disposición legal expresa (§ 8), es el momento "en el que ha actuado el autor o el partícipe, o, en el caso de omisión, en el que tendría que haber actuado. No es decisivo cuándo se produzca el resultado". En el caso de los delitos permanentes (sobre ellos § 10, nm. 105) puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión, p.ej. que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso "se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho" (§ 2 II). En cambio, no infringirá la prohibición de retroactividad la imposición de una pena o de una multa administrativa cuando el hecho, en un período transitorio entre su comisión y la resolución, hubiera dejado de estar sancionado con pena o con multa administrativa (BVerfG NStZ 1990, 238).

El § 2 III [aplicación retroactiva de una ley más benigna posterior al hecho] constituye el fundamento de que se pueda aplicar el Derecho penal de la República Federal de Alemania a algunos "hechos antiguos"^{75a} cometidos en la antigua República Democrática Alemana antes de la unificación. En efecto, según el art. 315 I-III EGStGB, debe aplicarse el § 2 a los delitos cometidos en la antigua RDA antes de la entrada en vigor de la unificación, por lo que, de acuerdo con el § 2 I, en primera línea es el Derecho del lugar del hecho de la antigua RDA el que decide sobre la punibilidad. Sólo si el StGB ahora vigente en toda Alemania es la ley más favorable en comparación con ese Derecho del lugar del hecho, se podrá recurrir al mismo en virtud del § 2 III para enjuiciar la responsabilidad penal^{75b}. En cambio, tales hechos no se podían enjuiciar ya antes de la reunificación por el Derecho federal alemán basándose p.ej. en el § 7 I^{75c} [aplicación de la ley penal alemana a hechos cometidos en el extranjero contra alemanes].

La regulación del § 2 I y III es también decisiva respecto de la punibilidad del uso de armas de fuego en la anterior frontera interalemana^{75d}. Según la concepción dominante y puesta en práctica en la antigua RDA, ese uso de las armas de fuego, si se daban determinados presupuestos, estaba justificado conforme al § 27 II de la Ley de Fronteras de la RDA incluso en caso de

^{75a} Cfr. al respecto, de la literatura de Comentarios, p.ej., LK "-Gribbohm, § 2, nm. 60 ss.; Lackner²⁰, § 2, nm. 11 ss., con ulteriores referencias de la doctrina, que entretanto ha llegado a ser inabarcable; tb. instructivo Lüderssen, ZStW 104 (1992), 735.

^{75b} Jurispr. constante: BGHSt 37, 320; 38, 3; 38, 18; 38, 88; 39, 6.

^{75c} BGHSt 39, 7 s., con ulteriores citas. Cfr. tb. Samson, NJW 1991, 335 ss.

^{75d} BGHSt 39, 1; 39, 168.

homicidio doloso. Si se aceptara esto, conforme al § 2 I quedarían impunes los denominados "tiradores (guardianes) del muro". Sin embargo, tras la reunificación los tribunales han declarado nulo el § 27 II de la Ley de Fronteras por vulnerar el Derecho suprapositivo, o bien han efectuado una interpretación del mismo acorde con los derechos humanos en el sentido de que ese precepto no autorizaba el uso de las armas de fuego en los casos sometidos a enjuiciamiento^{75e}. Partiendo de esta tesis, conforme al Derecho de la RDA se llega también al resultado de considerar punibles tales homicidios (y entonces el §213 puede operar como ley más benigna conforme al § 2 III en la determinación de la pena). Por lo demás, desde esa perspectiva la problemática se reduce al error de prohibición que en la mayoría de los casos habrá sufrido el "tirador (guardián) del muro" (cfr. § 21, nm. 64a). Frente a esto, una corriente doctrinal^{75f} sostiene que la falta de persecución penal de los "tiradores del muro" en los tiempos de la RDA se basó en la impunidad fáctica de su conducta, por lo que, tomando como base el Derecho de la RDA, se produce la impunidad. Sin embargo, ni aquí ni en otras materias se protege la confianza en el manejo de una ley en la praxis (cfr. *infra* nm. 59).

3. La prohibición de retroactividad en cuanto a los presupuestos de la punibilidad y su no vigencia en principio en las medidas de seguridad

La prohibición de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de 53 la punibilidad del Derecho material; y tampoco es admisible una supresión o restricción retroactiva de las causas de justificación (sobre la situación algo distinta en cuanto a las restricciones jurisprudenciales por analogía o Derecho consuetudinario cfr. nm. 42, 49). Además rige también respecto de la pena y sus consecuencias accesorias; la ley menciona específicamente su aplicabilidad a la confiscación, el comiso y la inutilización (§ 2 V). En cambio, el § 2 VI dispone que las medidas de seguridad se pueden introducir o endurecer retroactivamente "si la ley no dispone otra cosa". En consecuencia, dado que los arts. 303 y 305 de la EGStGB 1974 excluyen la retroactividad respecto de la vigilancia de la conducta (§ 68) y de la inhabilitación profesional (§ 70), en la situación legal actual sólo están sujetos a la posibilidad de agravación retroactiva los preceptos sobre internamiento en centro psiquiátrico (§ 63), internamiento en centro de deshabitación (§ 64) y privación del permiso de conducir (§ 69); aparte de ello, el legislador puede crear nuevas medidas de seguridad con efecto retroactivo.

^{75e} BGHSt 39, 15 ss., y 39, 183 ("vulneración palmaria e intolerable de elementales exigencias de justicia y de los derechos humanos"); cfr. tb. al respecto Herrmann, NStZ 1993, 118.

^{75f} Enérgicamente en ese sentido Jakobs, 1992, 37, 51 ss.; idem, GA 1994, 1; críticamente frente a esa posición Lüderssen, ZStW 104 (1992), 735, 742 ss. Aquí no es posible citar toda la bibliografía existente, que aumenta constantemente y actualmente ha llegado a ser inabarcable.

La regulación del § 2 VI es materialmente equivocada ⁷⁶. Sólo tendría una justificación interna si el principio de legalidad se basara únicamente en el principio de culpabilidad; pues en tal caso la reconocibilidad de la prohibición antes de la comisión del hecho, que es presupuesto de la culpabilidad, consecuentemente no sería necesaria en las medidas de seguridad, que son independientes de la culpabilidad. Sin embargo, el principio de legalidad tiene un alcance mucho más amplio (nm. 18 ss.), ya que debe proteger al individuo frente a sanciones que no fueran previsibles antes de la comisión del hecho. Y entre ellas se cuentan también las medidas de seguridad, que pueden restringir la libertad del condenado de modo más duro que las penas (porque también están sustraídas al efecto limitador de la intervención propio del principio de culpabilidad). Y dada la finalidad igualmente preventiva de la pena y la medida (§ 3, nm. 56), ese diferente trato es también políticocriminalmente injustificado; es totalmente incongruente que el legislador pueda hacer que una intromisión penal retroactiva, que estaría prohibida, resulte admisible transformándola, con un cambio de etiqueta, en una medida de seguridad. No obstante, que la regulación resulte inconstitucional precisamente por eso ⁷⁷, es algo que resulta dudoso, porque no hay datos que apoyen la conclusión de que el legislador constitucional, al que le era perfectamente conocida la distinción entre penas y medidas, hubiera querido desligar el principio de legalidad de su limitación histórica a la pena ⁷⁸. En contra de esto cabe aducir tanto el tenor literal como el hecho de que la formulación actual enlaza con el art. 116 WRV, en cuya época aún no existían las medidas de seguridad. Pero ello no debería ser obstáculo para que el legislador colmara esa "laguna en el Estado de Derecho" extendiendo de modo general el principio de legalidad a las medidas, siguiendo el modelo del § 1 II PA y del § 1 I del StGB austríaco de 1975.

4. Prohibición de retroactividad y Derecho procesal

En el Derecho procesal en principio no rige la prohibición de retroactividad ⁷⁹. "La prohibición de leyes penales retroactivas sólo rige respecto del Derecho material" (BGHSt 20, 27). "Es obvio que, desde su entrada en vigor, los nuevos preceptos del Derecho procesal rigen también respecto de los procedimientos ya en curso" (BGHSt 26, 289; materialmente tb. BGHSt 26, 231). Esta jurisprud., que tb. ha sido confirmada por el BVerfG (BVerfGE 24, 33, 55; 25, 269), debe considerarse correcta en cuanto a las normas relativas al transcurso del proceso (p.ej. a la exclusión del defensor conforme al § 138 a StPO, o a la exclusión del acusado conforme al § 231 a StPO) ⁸⁰, puesto que, conforme a su tenor literal y a su historia, el principio de legalidad se ciñe a las acciones punibles y a las sanciones que deben imponérseles, y no protege la confianza en que haya lagunas en el ordenamiento procesal.

En cambio, la situación es algo distinta en el caso de condiciones o presupuestos de procedibilidad (como p.ej. el requisito de querrela) o de impedimentos de procedibilidad (como la prescripción), que afectan a la admisibilidad del conjunto del proceso (cfr. ya nm. 43, 45). Estos supuestos se sitúan en la frontera con el Derecho material, y en no pocos de ellos su ubicación es dudosa; así la prescripción se considera por unos como institución jurídica material, por otros como procesal, y por otros (actualmente la op. dorn. ⁸¹) como

⁷⁶ PA, fundamentación del § 1, p. 29; Baumann/Weber, AT⁹, § 6 IV 2; Diefenbach, 1966, 113 ss.; Jescheck, AT \ § 15 IV 3, n. 41; Maurach/Zipf, AT/1 ⁸, 12/19; SK ⁵-Rudolphi, § 2, nm. 18; Stratenwerth, AT ³, nm. 79; Jakobs, AT², 4/56; Jung, Wassermann-FS, 1985, 875 ss. Escépticamente tb.: LK "-Gribbohm, § 2, nm. 56 s.; Sch/Sch/Eser ²⁴, § 2, nm. 42.

⁷⁷ Así Diefenbach, Jung y realmente tb. Stratenwerth (cits. en n. 76).

⁷⁸ El BGH se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad del § 2 IV v. a. (que en este punto corresponde al actual § 2 VI) (BGHSt 24, 103, 105 s.: agravación retroactiva de la medida de vigilancia policial; cfr. tb. BGHSt 5, 168, 173 s.: privación retroactiva del permiso de conducir).

⁷⁹ Para más detalles Pfohler, 1988; Dannecker, 1992, 316 ss.

⁸⁰ En contra, sobre todo, SK ²-Schreiber, § 1, nm. 9; ulteriores referencias en SK ⁵-Rudolphi, § 1, nm. 10.

⁸¹ Cfr. LK ¹⁰-Tröndle, § 2, nm. 11 ss., con ulteriores referencias; sobre mi propia opinión ver § 23, nm. 50 ss.

institución "mixta". Pero la vigencia del principio de legalidad en este campo no puede depender de dichas clasificaciones formales, que se efectúan sin tener en cuenta la prohibición de retroactividad, sino que lo que procede es examinar en el caso concreto hasta qué punto el fin del art. 103 II GG requiere su aplicación. Y entonces se pone de manifiesto que la afirmación general, según la cual "los presupuestos procesales dejan de estar en vigor con la ley que los deroga" (BGHSt 20, 27, adhiriéndose a RGSt 75, 306, 311), no es totalmente exacta, sino que hay que distinguir⁸².

Así, frente a lo que sostienen jurisprudencia (RGSt 77, 106 s.) y doctrina, hay que considerar 57 inadmisibles la supresión posterior del requisito de querrela⁸³; pues en los delitos privados el *ius puniendi* estatal depende de la necesidad de satisfacción del ofendido, en cuya ausencia puede confiarse con razón en muchos casos (p.ej. en los §§ 247 o 123) el autor. Si se suprime retroactivamente la exigencia de querrela y se castiga sin que se haya interpuesto la misma, con ello se estará creando *a posteriori* un derecho del Estado a castigar, y esto es precisamente lo que el art. 103 II pretende impedir.

Por las mismas razones, tampoco cabe una reapertura de los plazos de prescripción ya 58 transcurridos; pues al producirse la prescripción, el autor queda impune y puede confiarse en ello (p.ej. dejando de tener en su poder material de descargo). Por eso, si posteriormente se considerara como no producida la prescripción, ello supondría una posterior (re-)fundamentación de la punibilidad, contraria al fin del art. 103 II GG. En cambio, es lícito prolongar o suprimir plazos de prescripción que aún no hayan transcurrido totalmente, como se ha hecho en el asesinato (§211) respecto de los delitos de sangre nacionalsocialistas^M; pues en este caso no entra en juego la idea básica del principio de legalidad: el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el sentido del principio de legalidad no es el de decirle por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho, para luego poder reaparecer a salvo. La protección de dicho cálculo no se puede deducir de las raíces del principio de legalidad (nm. 18 ss.), máxime teniendo en cuenta que al margen de ello ya la institución de la interrupción de la prescripción le impide al delincuente la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano⁸⁵.

5. Prohibición de retroactividad y jurisprudencia

Respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el 59 tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo⁸⁶, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente

⁸² Ampliamente coincidente Sch/Sch/Eser²⁴, § 2, nm. 7.

⁸³ Así tb. Jescheck, AT⁴, § 15 IV 4; Sch/Sch/Eser²⁴, § 2, nm. 7; Pieroth, JuS 1977, 396, con ulteriores referencias.

⁸⁴ Primero, la denominada Ley de cómputos, de 13-4-1965, dispuso que en los delitos castigados con prisión perpetua no se contara el período comprendido entre el 8-5-1945 y el 31-12-1949 para el cómputo del plazo de prescripción. Posteriormente, la 9.^a StrÄG, de 4-8-1969, prolongó el plazo de prescripción de 20 a 30 años. Y por último la 16.^a StrÄG, de 16-7-1979, suprimió totalmente la prescripción en el asesinato, como ya lo había hecho la 9.^a StrÄG (en el § 78 II) respecto del genocidio (§ 220 a).

⁸⁵ La op. dorn, considera admisible la prolongación o supresión de plazos de prescripción que todavía estén corriendo; y es seguida tb. por la jurisprudencia, con una fundamentación que se fija excesivamente en el carácter jurídicoprocesal de la prescripción: BVerfGE 25, 295; RGSt 76, 161; BGHSt 2, 306; 4, 384. En contra, sin embargo, entre otros, Grünwald, MDR 1965, 521; Baumann, 1965; Schreiber, ZStW 80 (1968), 348 (con citas sobre lo polémico del problema ya en el siglo pasado); Schünemann, 1978, 25 s.; Jakobs, AT², 4/9.

⁸⁶ Así tb. la jurisprudencia: BVerfGE 18, 240; BGH VRS 32 (1967), 229; MDR (D) 1970, 196; MDR en Herían, GA 1971, 37; KG VRS 32 (1967), 264.

reconocida. Frente a esto, una opinión minoritaria, pero creciente, pretende subsumir en el art. 103 II GG el supuesto de modificación de una jurisprud. constante y que parecía garantizada⁸⁷; pues sostiene que el ciudadano confía en una jurisprud. firme lo mismo que en la ley y no se puede defraudar esa confianza. Pero esta posición no se puede compartir⁸⁸, por ser contraria a la idea básica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación y jurisprud., a pesar de que el art. 103 II GG parte precisamente de la separación de ambos poderes y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal (nm. 28)⁸⁹, que es el único por el que se debe orientar el ciudadano. Este no tiene por qué conocer la jurisprud. (¡lo que sería ya una exigencia excesiva para la mayoría de los ciudadanos!), y no debe confiar en ella, ¡sino sólo en el tenor literal de la ley! Dado que los cambios de jurisprudencia tienen que mantenerse dentro del ámbito del sentido literal posible, de todos modos son tendencialmente menos gravosos y más previsibles que los cambios legales, y en algunos casos el ciudadano puede y debe ajustar su conducta a los mismos. Ello rige también respecto de la rebaja de la cuota límite de la absoluta incapacidad para conducir (§ 316), desde el 1,3 %o al 1,1 %o, efectuada por el BGH en 1990 (BGH NSTZ 1990, 491); por consiguiente, si se condena por el § 316 a alguien que antes de dictarse la nueva sentencia del BGH hubiera conducido con un 1,2 %c de alcoholemia, ello no infringe el art. 103 n GG (BVerfG NSTZ 1990, 537)^{89a}. Por otra parte, naturalmente que se dan muchas acciones en las que su autor había confiado de modo no reprochable en una determinada jurisprudencia e incluso había recabado asesoramiento jurídico específicamente a tal efecto; y en dichos supuestos seguramente no es lícito castigar al sujeto por su confianza en el Derecho en caso de que haya un cambio posterior de jurisprudencia. Pero en tal caso la absolució se producirá de todos modos por haber un error de prohibición no culpable (§ 17), y para ello no es preciso extender el art. 103 II GG a los cambios jurisprudenciales⁹⁰.

6. La retroactividad favorable al reo^{90a}

60 Al igual que está permitida la analogía favorable al reo, también es admisible la retroactividad de las leyes penales en beneficio del reo, que según el § 2 III es incluso obligatoria: "Si la ley vigente al terminarse el hecho se modifica antes de la sentencia, se aplicará la ley más benigna". Y si se deroga un precepto penal tras la comisión del hecho pero antes de que se pronuncie la sentencia, hay que absolver al autor (en una aplicación analógica, y conforme a su sentido, del § 2 III); pues en tal caso la ley más benigna es ¡que no hay en absoluto una ley! El sentido de la regulación consiste en que parece adecuado tomar como base de una sanción penal la valoración legal existente en el momento de dictar sentencia, mientras la protección del reo (§ 2 I) u otras

⁸⁷ Así sobre todo Schreiber, JZ 1973, 718; SK²-Schreiber, § 1, nm. 6; pero tb., p.ej., Baumann/Weber, AT⁹, § 12 I 2 a; Kohlmann, 1969, 268 ss.; Maurach/Zipf, AT/1⁸, 12/8; Neumann, ZStW 103 (1991), 331; vacilante Sch/Sch/Eser²⁴, § 2, nm. 9.

⁸⁸ Así tb. la op. dom.; cfr. por todos, con amplias referencias, LK¹⁰-Tröndle, § 2, nm. 16-24, y Dannecker, 1992, 364 ss.

⁸⁹ Certeramente Schünemann, 1978, 28: en un cambio de jurisprud. la Justicia se corrige "sólo a sí misma, y no al legislador".

^{89a} En contra Bernreuther, MDR 1991, 829; Hüting/Konzak, NZV 1991, 255; Krahl, NJW 1991, 808.

⁹⁰ También quienes pretenden aplicar el art. 103 II GG a los cambios de jurisprud., consideran en principio posible una autorrectificación de la jurisprud. en sentido agravatorio, pero consideran que la misma sólo debe aplicarse a los casos futuros y que en los procesos en curso únicamente cabe anunciarla *pro futuro*. Sin embargo, tal modo de proceder no es practicable dentro del marco del Derecho procesal vigente; cfr. detalladamente sobre ello Tröndle, Dreher-FS, 1977, 117 ss.

^{90a} Sobre el llamado mandato de atenuación cfr. Dannecker, 1992, 403 ss., 461 ss.

circunstancias especiales (§ 2 IV; nm. 64) no hagan preciso atender al castigo previsto en el momento del hecho. Si en el momento de la condena el legislador considera que una conducta es menos merecedora de pena o incluso que no lo es en absoluto, desde el punto de vista polícticriminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada. A ese respecto hay que tener en cuenta la ley más benigna incluso en la instancia de revisión, si la atenuación no se produjera hasta después del fallo en primera instancia (aclarándolo así BGHSt 20, 77)⁹¹.

La conjunción de la "protección frente a la agravación" (§ 2 I) y del "privilegio de atenuación" (§ 2 III) da lugar a que el § 2 IH, de acuerdo con su tenor literal, deba aplicarse también a las "**leyes intermedias**" más favorables, que ya no están en vigor en el momento de la sentencia. Por consiguiente, si después de la comisión del hecho se atenúa la pena prevista para esa conducta, pero, debido a la mala experiencia de esa reforma, en el momento del enjuiciamiento se ha vuelto a la dureza originaria, pese a ello el delincuente puede exigir que se le castigue por la norma intermedia más benigna; pues con la atenuación había obtenido la posición jurídica más favorable de la nueva ley, que a partir de ahí sigue quedando garantizada frente a cualquier agravación retroactiva en el sentido del Derecho anterior. E igualmente ha de quedar impune el sujeto activo en caso de que el hecho sea punible tanto en el momento de su comisión como en el de la sentencia, pero haya habido un período intermedio en el que quedó exento de pena^{91a}.

Hay una gran discusión sobre si se da o no una ley "más benigna" en el caso de que tras la comisión del hecho se sustituya un elemento típico agravatorio (= cualificante) por otro que afecte asimismo al autor. **Ejemplo** (BGHSt 26, 167, 172 ss.): el sujeto comete un robo en la vía pública, que en el momento del hecho se castigaba como supuesto agravado de robo por el § 250 I, n.º 3; antes de la condena se suprime ese motivo de agravación, pero a cambio se introduce un nuevo motivo de agravación consistente en ejecutar el robo con un arma no cargada (§ 250 I, n.º 2), cualificación que también ha realizado el autor. Pues bien, ¿habrá de castigársele por el § 250 o por el tipo básico del § 249? El **BGH** castigó por el § 250 I, n.º 3, v. a., por considerar que, puesto que el "núcleo del injusto común" al precepto antiguo y al nuevo es el mismo (sustracción violenta de una cosa ajena) y la modificación del tipo sólo afecta a "modalidades de realización de ese injusto", no se da una atenuación. Pero esta posición es equivocada: pues aunque el tipo básico (§ 249) es idéntico, en cambio, la cualificación, que antes atendía al lugar de comisión (vía pública) y ahora se refiere al medio comisivo (arma aparente), es completamente distinta. Por eso, respecto del robo en la vía pública ha habido una atenuación, que conforme al § 2 III ha de beneficiar al autor, mientras que la introducción de la cualificación por uso de un arma aparente supone una agravación de la pena, de la que debe quedar a salvo el autor en virtud del art. 103 II GG y del § 2 I. Por tanto, lo correcto hubiera sido castigar por el § 249⁹².

Para resolver la cuestión de cuál es la ley más benigna^{92a}, la jurisprudencia parte 63 de la base de que una pena de multa (incluso elevada) es siempre más benigna que una pena de prisión (aunque sea corta). Y por lo demás rige la regla que

⁹¹ Sobre toda esta problemática: Sommer, 1979. Específicamente sobre el Derecho penal tributario: Kunert, *Neue Zeitschrift für Steuerrecht* 1982, 276 ss.; Tiedemann, 1985.

^{91a} BVerfGE 81, 132; en contra Grünwald, *Arth. Kaufmann-FS*, 1993, 433 ss.

⁹² Así tb. la op. dnm.; cfr. p.ej. Jescheck, *AT*⁴, § 15 IV 5; Maurach/Zipf, *AT/1* ⁸, 12/16; Sch/Sch/Eser²⁴, § 2, nm. 24 s.; Jakobs, *AT*², 4/75; Tiedemann, *JZ* 1975, 693; además Mazurek, *JZ* 1976, 235; Mohrbotter, *ZStW* 88 (1976), 923 ss.; Schünemann, 1978, 26 s.

^{92a} Cfr. al respecto detalladamente Dannecker, 1992, 501 ss.

BGHSt 20, 25, invocando la jurisprud. antigua, sintetiza así: "No sólo... hay que comparar entre sí en abstracto los tipos y las penas típicas de las diversas leyes, sino que lo decisivo es fijar qué regulación permite en el caso concreto a resolver y según sus circunstancias específicas un juicio más favorable para el autor" (similar tb. BGHSt 20, 75). Por tanto, si p.ej. una ley se modifica añadiéndole un marco penal más elevado para supuestos especialmente graves y un marco penal inferior para supuestos especialmente leves, sólo estaremos ante una ley penal más benigna cuando *in concreto* haya que apreciar un supuesto especialmente leve (RGSt 75, 310). Pero en los restantes casos hay que aplicar la ley más benigna en el caso concreto "como un todo" (BGHSt 24, 97), es decir, incluyendo sus componentes más duros (igualmente BGHSt 20, 30)⁹³. De la rica casuística sobre la cuestión de la ley "más benigna"⁹⁴ mencionaremos sólo algunas resoluciones jurisprudenciales recientes: Si en una ley se rebaja para casos excepcionales el límite mínimo de la pena, ello constituye ya una atenuación (BGHSt 20, 125); e igualmente hay que afirmar que ha habido atenuación si en caso de leyes penales en blanco (nm. 40) se modifica de un modo que coloca en mejor posición al autor, no la pena prevista, sino sólo la norma de complemento (BGHSt 20, 177, abandonando la posición de la anterior jurisprud.). Y en caso de transformación de un hecho punible en una contravención hay que aplicar correlativamente el § 2 III, por lo que la acción que inicialmente era punible se castigará ahora como contravención (BGHSt 12, 154 s.).

7. Leyes temporales

64 Según el § 2 IV, hay que hacer una excepción a la retroactividad de la ley más benigna respecto de las llamadas **leyes temporales**. Leyes temporales son aquellas leyes que de antemano sólo van a estar vigentes "en un determinado período de tiempo"; ya sea porque la fecha en que dejarán de estar en vigor esté fijada en la propia ley con arreglo a un calendario o coincidiendo con un determinado acontecimiento (leyes temporales en sentido estricto), o bien porque sea reconocible que las mismas se ciñen a situaciones temporales especiales y quedarán sin objeto con la desaparición de éstas (leyes temporales en sentido amplio)⁹⁵. Ambos supuestos tienen en común que estas leyes, con el transcurso de su período limitado de vigencia, van a dejar automáticamente de estar en vigor, si no se dispone expresamente lo contrario (§ 2 IV 2). La idea básica del § 2 IV, que tiene importancia sobre todo en el Derecho penal

⁹³ Discr. Schröder, JR 1966, 68; Sch/Sch/Eser²⁴, § 2, nm. 34, sosteniendo que hay que aplicar los elementos respectivamente más favorables de ambas leyes.

⁹⁴ Ampliamente al respecto LK' -Gribbohm, § 2, nm. 15-28.

⁹⁵ BGHSt 6, 36 s.; 18, 14. La 2.^a StrRG había querido limitar la aplicación del § 2 IV sólo a las leyes con un plazo fijado en el calendario; pero la EGStGB ha vuelto a suprimir esa restricción. En contra Tiedemann, Peters-FS, 1974, 198 ss. Cfr. tb. Rüping, NStZ 1984, 450; W. Hassemer, 1990, 201; Laaths, 1991.

económico, consiste en que el sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal sólo debe beneficiarse por la desaparición de la ley que ha infringido, si el cese de su vigencia se debe a una modificación de la valoración políticocriminal, pero no si se debe sólo a un cambio de las circunstancias fácticas (p.ej. económicas). Además, si no existiera el § 2 IV, se podría infringir sin peligro una ley temporal en la última fase de su período de vigencia, puesto que el autor estaría seguro de que ya no se le iba a juzgar antes de su derogación. Pues bien, la indicada finalidad de la ley ha de determinar el modo de interpretación en casos dudosos: Así p.ej. las limitaciones de velocidad dotadas de sanción penal no son leyes temporales (BGHSt 6, 37 ss.), porque predominantemente se deben a necesidades de la seguridad del tráfico, que no se solucionan por sí mismas con el mero cambio de las circunstancias (¡la cuestión será distinta si la ley pretende lograr un ahorro de gasolina durante un período de tiempo limitado!). Y un precepto promulgado originariamente como ley temporal puede perder incluso posteriormente ese carácter si las circunstancias temporales inicialmente previstas como transitorias, y para las que el precepto estaba concebido, "se mantienen durante mucho tiempo" (BGHSt 6, 39).

VIII. La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas ⁹⁶

1. La determinación o precisión de los presupuestos de la punibilidad

Asimismo, la prohibición de preceptos penales indeterminados no sólo con- 65 cuerda con el tenor literal de la Constitución ("legalmente **determinada**", cfr. nm. 11), sino que se corresponde por completo igualmente con la finalidad del principio de legalidad (nm. 18 ss.). Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivogeneral, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.

Teóricamente también resulta indiscutido que por indeterminación las dis- 66 posiciones penales pueden ser inconstitucionales y por tanto nulas. Así, el Tribunal Constitucional Bávaro⁹⁷ declaró nulo, por vulnerar el principio de legalidad, un precepto en virtud del cual incurría en responsabilidad penal "el

⁹⁶ Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 84 ss. Sobre la jurisprudencia ampliamente Krahl, 1986.

⁹⁷ BayGVBl. 1952, 8 s.

que infringiere el orden público o actuare contra los intereses de las fuerzas armadas aliadas o de sus miembros"; y a ese respecto se consideró que ambas alternativas típicas ("orden público" e "intereses") eran igual de excesivamente indeterminadas. Pero fuera de este caso, en la etapa posterior a la guerra casi nunca se ha declarado nulo un precepto penal por infringir el mandato de determinación o precisión⁹⁸. Al contrario, no es raro encontrar conceptos vagos y necesitados de complemento valorativo en los preceptos penales. Desde que el BVerfG consideró que el antiguo tipo de la falta del "grave desmán (o abuso)" (§ 360, n.º 11, v. a., actualmente algo precisado como § 118 I OWiG) era suficientemente preciso, el legislador apenas tiene que reprimirse al utilizar cláusulas generales. Por eso tiene razón Welzel en su frase, frecuentemente citada ": "¡El auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!" Naucke¹⁰⁰ constata que "el Derecho penal resulta cada vez menos claro", y Schünemann¹⁰¹ ha diagnosticado que "el punto más débil del principio *nulla poena*" radica en el mandato de precisión de la ley.

67 Hace ya mucho tiempo que se discute si y, en su caso, cómo se puede remediar esta situación. Nadie discute que un cierto grado de indeterminación es inevitable, porque todos los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones (cfr. ya nm. 27). El punto neurálgico lo constituyen sobre todo los "conceptos necesitados de complementación valorativa", que no proporcionan descripciones de la conducta prohibida, sino que requieren del juez un juicio valorativo. Existen muchos ejemplos al respecto: el "grave desmán" (nm. 66), pero también los "móviles abyectos" en el asesinato (§211), la contravención "de las buenas costumbres" en las lesiones con consentimiento del ofendido (§ 226 a), la "reprobabilidad" que es precisa para la antijuridicidad de las coacciones (§ 240 II), y términos similares. Por lo general se admite que el legislador no puede renunciar por completo a dichos conceptos valorativos en forma de cláusulas generales, porque los mismos hacen posible una resolución justa del caso individual. Si las leyes sólo pudieran contener conceptos descriptivos y no valorativos, entonces, o bien tendrían que ser infinitamente largas o que presentar tal rigidez en su aplicación que podrían producirse resultados sumamente desafortunados a efectos políticocriminales. Además existen fenómenos sociales, como las "injurias" (§ 185), que sencillamente no se pueden describir mediante formulaciones menos valorativas. Pero por otra parte, tampoco nos podemos conformar con una utilización cualquiera de conceptos que precisen complementación valorativa. Así p.ej., cuando

⁹⁸ Cfr., sin embargo, ahora BVerfG NSTZ 1989, 229, para el caso de que un tipo penal se vincule a la infracción de deberes de conducta que se fundamenten mediante un acto administrativo.

⁹⁹ Welzel, *StrafR* [= PG, 1987; N. del T.], § 5 II 3.

¹⁰⁰ Naucke, 1973, 3.

¹⁰¹ Schünemann, 1978, 6.

respecto del juicio de reprobabilidad en las coacciones (§ 240 II) el BGH dice simplemente que en ese caso le corresponde al juez "decidir en lugar del legislador mediante una valoración directa si la coacción... en el caso concreto es antijurídica o no" (BGHSt 2, 196), tal desplazamiento de las competencias del legislador vulnera claramente la exigencia de determinación o precisión **legal**, y por tanto no puede admitirse.

Por consiguiente, hay que encontrar un límite, más allá del cual la indeter- 68 minación sea inconstitucional. Dicha tarea no se ha acometido en serio hasta tiempos recientes. El BVerfG pretende resolverla admitiendo, en primer lugar, que las exigencias de determinación legal crecen junto con la cuantía de la pena prevista en el tipo, y, en segundo lugar, que la concreción por la jurisprudencia de una ley indeterminada satisface ya el mandato constitucional¹⁰². Pero esta tesis no es convincente: pues el principio de legalidad rige por igual para todas las normas penales y no autoriza ciertas indulgencias en caso de delitos leves; y, por otra parte, si se encomienda a los tribunales la producción de la necesaria precisión, de ese modo precisamente se está renunciando a la división de poderes que pretende garantizar el art. 103 II GG.

Diversos autores requieren que el legislador se aplique para lograr "la máxima precisión 69 posible". Según esto, los conceptos necesitados de complementación valorativa ciertamente no estarán prohibidos sin más, pero resultarán inconstitucionales cuando el legislador disponga de la posibilidad de una redacción legal más precisa¹⁰³. Este es un enfoque apreciable. Pero por una parte, va demasiado lejos, ya que no toda redacción legal menos afortunada puede convertir sin más un precepto en inconstitucional. Y por otra parte, tal enfoque incita a proceder ampliando al máximo la punibilidad; pues cuanto más lejos se desplace la línea que trace la frontera de la misma, tanto más inevitable será tener que volver a excluir los casos no merecedores de pena por medio de conceptos necesitados de complementación valorativa¹⁰⁴. Así p.ej., si se redactan las coacciones de un modo tan amplio como lo hace el § 240 I, será casi imposible arreglárselas sin una cláusula restrictiva como la cláusula de la reprobabilidad que contiene el § 240 II.

Por último, una tercera solución se basa en la idea de la ponderación: según esto, los 70 conceptos necesitados de complementación valorativa serán admisibles si los intereses de una justa resolución del caso concreto son preponderantes respecto del interés de la seguridad jurídica protegido por el art. 103 II GG¹⁰⁵. Pero esta solución es objetable porque con ella se relativiza de modo inadmisiblemente el principio de legalidad. Los puntos de vista de la justicia y de la necesidad de pena deben tenerse en cuenta dentro de los límites trazados por el art. 103 II GG, pues de lo contrario se estará renunciando al principio de determinación en favor de las concepciones judiciales sobre la justicia¹⁰⁶.

En el caso de los conceptos necesitados de complementación valorativa ("reprobable" en 71 el § 240 II, "buenas costumbres" en el § 226 a, "móviles abyectos" en el § 211) es frecuente sostener que sólo se puede afirmar que concurren cuando lo admitan todas las interpreta-

¹⁰² BVerfGE 14, 245 ss.; 26, 41 ss.

¹⁰³ Así sobre todo Kohlmann, 1969, 247 ss., con un "esquema en tres fases"; Lenckner, JuS 1968, 305; Naucke, 1973, 3 ss.; Jakobs, AT², 4/25 (con restricciones); Sch/Sch/Eser², § 1, nm. 20.

¹⁰⁴ Cfr. sobre esta crítica tb. Schünemann, 1978, 33 s.; Lemmel, 1970, 100 ss.

¹⁰⁵ Lenckner, JuS 1968, 305 s.; similar tb. Seel, 1965, 114, 127 s., 133 y *passim*.

¹⁰⁶ Cfr. tb. Schünemann, 1978, 32; Lemmel, 1970, 106 ss.

ciones defendibles ¹⁰⁷. Esta es una idea aprovechable, pero no se le puede otorgar carácter absoluto: pues incluso una concepción moral extendida de modo general puede estar guiada en el caso concreto por prejuicios constitucionalmente objetables, y que no debería hacer suyos la jurisprudencia; y por otra parte, la decisión valorativa del legislador puede en su caso desprenderse tan claramente del contexto de la ley que el juez estará vinculado a la misma con independencia de que sea objeto de pública polémica ¹⁰⁸.

Una nueva propuesta distinta es la presentada por Schünemann ¹⁰⁹, que pretende "definir... el concepto de determinación... en el sentido... de que el porcentaje de los elementos típicos suficientemente determinables a efectos de la delimitación de la conducta punible en todo caso ha de superar el 50 %". Tras esta propuesta late la idea de que sólo se puede seguir hablando de un "principio" de determinación o precisión si el número de los casos determinados supera al de los indeterminados y no se convierte la excepción en regla. No obstante, un 49 % de indeterminación también es difícilmente compatible con la Constitución, máxime cuando apenas es posible efectuar una estimación cuantitativa en porcentajes con suficiente seguridad.

La solución correcta habrá que buscarla por la vía que prefiguran los principios de la interpretación en Derecho penal (nm. 26 ss.). Según los mismos, un precepto penal será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador ¹¹⁰ y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación. En tal caso se dará un marco de regulación, cuya concreción se podrá seguir considerando como interpretación de una ley determinada (precisa). Y a ese respecto, los intentos doctrinales de delimitación, que sólo resultan problemáticos si se aceptan de modo unilateral, de todos modos pueden ofrecer valiosos puntos de apoyo.

Los requisitos de determinación que según esto hay que exigir, se cumplen p.ej. en el tipo de las "injurias" (§ 185), puesto que una manifestación de desprecio sólo logrará su fin si la misma es también entendida como tal. Del mismo modo se puede considerar que el concepto de "otro móvil abyecto" (§ 211) sigue siendo conforme a la Constitución: pues está claro que el fin de la ley radica en castigar más duramente los homicidios especialmente reprobables; y la cuestión de qué motivos cabe considerar como "abyectos", es algo que se puede averiguar mediante interpretación por la equiparación que la ley hace de los mismos con los móviles del "placer en el asesinato", la "satisfacción del instinto sexual" y la "codicia". En cambio, contra lo mantenido por el BVerfG, la punición del "desmán o abuso grave" (§ 360, n.º 11, v. a.) era inconstitucional ¹¹¹, pues no está claro el fin perseguido aquí por el legislador;

¹⁰⁷ Roxin, JuS 1964, 379 (= Grundlagenprobleme, 200); Schlüchter, NStZ 1984, 300, que propone el criterio del "mínimo común"; Jescheck, AT ⁴, § 15 I 4.

¹⁰⁸ Críticamente tb. Jakobs, AT ², 4/32.

¹⁰⁹ Schünemann, 1978, 35 ss.

¹¹⁰ De modo similar en este punto Lemmel, 1970, 180 ss., y Schroth, 1992, 108; para este último, en los conceptos indeterminados ha de "poderse reconocer, partiendo del contexto de la regulación o del contexto de la decisión legislativa, un cometido valorativo de esos elementos del tipo que permita desarrollar criterios de valoración".

¹¹¹ Sostienen tb. su inconstitucionalidad, p.ej., Lenckner, JuS 1968, 305; SK ⁵-Rudolphi, § 1, nm.

existen muy diversas clases de "desmanes" y cada individuo tiene al respecto concepciones sumamente personales (como lo prueba el uso del lenguaje), por lo que las posibles "interpretaciones" del concepto llegan hasta el infinito.

En otros casos sólo se podrá afirmar la constitucionalidad de un precepto 75 si se hace una interpretación muy restrictiva del mismo. Así p.ej., es cierto que del § 226 a se puede deducir que el legislador quiere que se castiguen las lesiones pese al consentimiento del lesionado, si las mismas contravienen reglas reconocidas de conducta; pero la cuestión de cuándo sucede eso, se caracteriza mediante el concepto de las "buenas costumbres" de modo tan poco claro que el puro tenor literal ya no supone un límite a la interpretación ¹¹². Por otra parte, en algunos casos el juicio de reprobación del legislador se puede determinar claramente a partir de otros preceptos. Así p.ej., quien se deje mutilar para eximirse del servicio militar o para obtener fraudulentamente una pensión de invalidez, será castigado por los §§ 109 o 263; y de esa responsabilidad penal de la víctima se desprende con seguridad que el legislador reprueba fuertemente el hecho de las lesiones. Pero entonces la punibilidad ha de quedar limitada a dichos casos en los que se precisa el contenido del concepto de las "buenas costumbres" mediante otros preceptos; en cambio, en los casos en que no hay una clara toma de posición del legislador, como sucede en la esterilización voluntaria, hay que negar una infracción de las buenas costumbres y por tanto afirmar la licitud de la intervención (para más detalles sobre el § 226 a, cfr. § 13, nm. 27, 36 ss.). De modo similar hay que proceder también en cuanto al concepto de la "reprobabilidad" en el § 240 II ¹¹³. Por consiguiente, sólo se podrá declarar la total nulidad de un precepto por intedeterminación cuando no sea posible reducirlo a un núcleo determinable.

De lo dicho se deriva que no es cierto en absoluto que el principio de 76 determinación esté vacío de contenido, como opinan algunos. Sólo hay que revisar, sirviéndose de los puntos de vista expuestos, cualquier tipo concreto en el que se planteen dudas. A tal efecto, aquí sólo es posible dar directrices (ilustradas con ejemplos), cuyo desarrollo es una cuestión que pertenece a la Parte especial. No obstante, es cierto que falta la determinación en sí misma necesaria en aquellas partes de la Parte general que intencionadamente el legislador no ha regulado y ha encomendado su desarrollo a la jurisprudencia y doctrina científica (cfr. nm. 46 s.). Pero como los creadores de la Constitución (incluso ya en la de Weimar) lo sabían y no lo quisieron cambiar (a pesar de que en su momento la Parte general aún estaba regulada de modo más frag-

14; Schünemann, 1978, 32 s.; Schroeder, JZ 1969, 775; Schröder, JR 1964, 392; idem, JZ 1966, 649; Jakobs, AT ², 4/28.

¹¹² Sostiene su inconstitucionalidad p.ej. Lemmel, 1970, 191. Ulteriores indicaciones bibliográficas en LK ¹⁰-Hirsch, § 226 a, nm. 2.

¹¹³ Cfr. sobre todo ello mi trabajo en: JuS 1964, 373 ss. (= Grundlagenprobleme, 184 ss.).

mentario en la ley), en este punto hay que afirmar la existencia de una restricción inmanente (y materialmente fundada) del principio de legalidad.

2. El principio de determinación o precisión en el ámbito de las consecuencias del delito

El art. 103 II GG requiere una suficiente precisión o determinación no sólo de los presupuestos de la punibilidad, sino también de la pena y las demás consecuencias del delito ¹¹⁴. Sin embargo, la jurisprudencia frecuentemente ha procedido en este punto con más generosidad de lo que sería compatible con la Constitución. Así BGHSt 13, 191, ha considerado que la previsión como pena típica "de cualquier pena admisible, excepto la pena de muerte", sigue siendo suficientemente determinada. Esto es incorrecto con toda seguridad, pues un marco penal que comprenda desde la pena de multa mínima hasta la pena de prisión perpetua, no le permite al ciudadano una estimación de las consecuencias que pueden afectarle, y por tanto contraviene una exigencia fundamental del principio de legalidad. Por eso la doctrina exige en general con razón, como mínimo, una fijación de la clase de pena.

Pero incluso dentro de la misma clase de pena hay que considerar como inconstitucional un marco penal que sea ilimitado. Por tanto, frente a lo que sostiene BGHSt 3, 262, es inadmisibles la previsión típica de una pena de multa de cuantía indeterminada; dado que una sanción así se mueve entre el simple recordatorio y la total destrucción de la existencia económica, no proporciona una garantía suficiente frente a la arbitrariedad. El sistema de cuotas diarias, vigente desde 1975 (§ 4, nm. 37 s.), supone un intento de limitación mediante un marco penal que va desde 5 a 360 (en el supuesto del § 54 II 2: 720) cuotas diarias, lo que acaba dando como resultado un importe comprendido entre 10 y 3.600.000 (o excepcionalmente 7.200.000) marcos. Por las razones expuestas, esta extensión también es insostenible desde el punto de vista del Estado de Derecho ¹¹⁵; por ello, el BVerfG debería rebajar el límite máximo de pena, como inicialmente había previsto el legislador, a una décima parte de la cuantía actual. Y en el caso de la prisión también hay marcos penales que se sitúan al borde de la inconstitucionalidad. Así, por ejemplo, los §§212 y 213 prevén para el homicidio una amplitud tal en la pena que va desde seis meses hasta la prisión perpetua; y si ello se puede seguir considerando compatible con el art. 103 II GG ¹¹⁶, es porque al menos el marco penal normal (5-15 años) supone una dimensión abarcable.

¹¹⁴ BVerfGE 25, 269 ss.; 45, 363; BGHSt 18, 140; en contra K. Peters, 1955, 18 s.

¹¹⁵ Tb. lo consideran inconstitucional SK²-Schreiber, § 1, nm. 15; Stratenwerth, AT³, nm. 84; en el fondo tb. Jescheck, AT⁴, § 15 I 5.

¹¹⁶ Sostiene su inconstitucionalidad Schünemann, 1978, 38.

En conjunto se puede afirmar que en las consecuencias jurídicas se puede ⁷⁹ aceptar una indeterminación algo mayor que en los presupuestos de la punibilidad, porque el principio de culpabilidad (§ 3, nm. 46 ss.) y los principios codificados de la medición de la pena (§ 46) le dan al autor del delito un cierto grado de seguridad compensadora. Pero lo cierto es que la cuantía de pena, que debe calcularse mediante esos principios, es menos calculable y además no es independiente del marco penal. Por eso, el legislador, que aún es poco consciente de los problemas en este campo, se ajustaría mejor a la Constitución si de modo general se decidiera a ceñirse a unas penas de dimensiones determinadas y precisas^m.

§ 6. Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor

Bibliografía: v. Liszt, Die Zukunft des Strafrechts (1892), en: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 2, 1905 (reimpr. 1970), 1; v. Liszt, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893), en: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 2, 1905 (reimpr. 1970), 75; v. Liszt, Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen? (1902), en: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 2, 1905 (reimpr. 1970), 356; Tesar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1907; Kollmann, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem, 1908; Kollmann, Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW 28 (1908), 449; Birkmeyer, Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Schule, nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen, 1909; Tesar, Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW 29 (1909), 82; Grünhut, Gefährlichkeit als Schuldmoment, Aschaffenburg-FS, 1926, 87; Zimmerl, Der Aufbau des Strafrechtssystems, 1930; E. Wolf, Vom Wesen des Täters, 1932; Mezger, Täterstrafrecht, DSrR 1934, 125; E. Wolf, Tattypus und Tätertypus, ZAKDR 1936, 358; Mezger, Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 (1938), 675; Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Parte I, 1939; Parte II, 1940; Dahm, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940; Mezger/Gallas, Tat- und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht, ZStW 60 (1941), 353, 374; Engisch, Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942), 166; Schaffstein, Zur Lehre vom Tätertyp im Kriegsstrafrecht, DSrR 1942, 33; Lange, Täterschuld und Todesstrafe, ZStW 62 (1943), 175; Heinitz, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951), 57; Bockelmann, Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken?, MatStrRef. I, 1954, 29; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; Hardwig, Tat- und Täterstrafrecht im Licht der Strafrechtsreform, MSchrKrim 1959, 1; Müller-Emmert/Friedrich, Die kriminalpolitischen Grundzüge des neuen Strafrechts, JZ 1969, 245; Ro-xin, Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs, ZStW 81 (1969), 613 (= Grundlagenprobleme, 32) [= Problemas básicos, 1976, 37]; Danner, Tatvergeltung oder Tätererziehung?, 1971; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976; Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; Haft, Der Schulddialog, 1978; Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979; Stratenwerth, Strafrecht und Sozialtherapie, Bockelmann-FS, 1979, 901; Burkhardt, Charaktermängel und Charakterschuld, en: Lüderssen/Sack, Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980, 87; Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, JZ 1980, 559; Rüping, Strafjustiz im Führerstaat, GA 1984, 297; Werle, Das Strafrecht als Waffe: Die Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5. September 1939, JuS 1989, 952.

I. Clarificación conceptual. El Derecho penal del hecho como tendencia predominante en el Derecho vigente

1 Por **Derecho penal del hecho** se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un **Derecho penal de autor** cuando la pena se vincule a la personalidad

del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. "Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal" ; "allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el si y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal".

Está claro que el principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine 2 lege* favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor; pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan a "un elemento criminógeno permanente" en la persona del autor² o "al ser-así humano de la personalidad que hay que castigar"³ y que midan por ese baremo la clase y cuantía de la sanción. Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un Estado de Derecho liberal se inclinará siempre hacia un Derecho penal del hecho. Por otra parte, las fuertes tendencias preventivoespeciales, existentes desde los tiempos de Liszt en el Derecho penal alemán, presionan en la dirección del Derecho penal de autor; pues la cuestión de qué intervención sobre el delincuente es precisa para evitar futuros delitos, depende más de su personalidad que del concreto hecho individual. Así sucede que, aunque es cierto que bajo la vigencia del StGB nunca se ha prescindido del Derecho penal del hecho, sin embargo éste siempre ha tenido que enfrentarse a las influencias (cambiantes según las épocas en su configuración e intensidad) del Derecho penal de autor y que integrarlas en su seno.

Zimmerl ha expuesto en su libro "Der Aufbau des Strafrechtssystems" (1930) 3 que un sistema de Derecho penal ha de estructurarse de modo completamente distinto según que se base en un Derecho penal del hecho o en un Derecho penal de autor⁴; y va tan lejos en esa idea que considera que en esa decisión reside la cuestión central, y que se plantea en primer lugar, de la posición de las vías de cualquier concepción del sistema: "Hecho concreto o personalidad, ésta es la pregunta sobre el fundamento primario de todo sistema"⁵.

¹ Esta cita y la siguiente son de Bockelmann, 1939, 3 s.

² Welzel, StrafR" [= PG, 1987; N. del T.], § 17 I.

³ Bockelmann, 1954, 29.

⁴ Zimmerl, 1930, 4 ss.

⁵ Zimmerl, 1930, 5.

II. Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor en Franz v. Liszt y sus seguidores

4 Franz v. Liszt nunca extrajo la consecuencia de que sea deseable que para la punibilidad se atienda, en vez de al hecho, a la forma de existencia o a la posición interna del autor (real o incluso sólo potencial). También él⁶ proponía "castigar al autor sólo por el hecho cometido por el mismo... Debo reconocer", opinaba, "que quizás lo consecuente con nuestra concepción sería atender sólo a la actitud interna, y no tener que aguardar hasta el hecho; del mismo modo que el médico de la familia no espera hasta que aparezca la enfermedad, sino que trata de prevenirla". Pero la verdad es que, por razones de salvaguarda de la libertad, no se acabó de decidir a dar ese paso. Es cierto que v. Liszt requería para los tipos legales *de lege ferenda* "la máxima diferenciación posible según la personalidad del autor o, dicho más exactamente, según los grados de intensidad de su actitud interna criminal"⁷; pero con ello no se ponía en tela de juicio que haya que seguir aferrándose al hecho concreto, sino que únicamente se desplazaba más el peso de la descripción del hecho hacia los motivos, como posteriormente ha ocurrido con la introducción de un tipo privilegiado de hurto en situación de necesidad (§ 248 v. a.), ya exigida por Liszt⁸, o con la nueva redacción del tipo del asesinato (cfr. § 4, nm. 13). De todos modos, dichas diferenciaciones subjetivas ofrecen mayores posibilidades de tener en cuenta la personalidad del autor en la medición de la pena. Y efectivamente, en este punto resaltan de modo general los rasgos del Derecho penal de autor claramente en Liszt⁹: así exigía (al menos en principio) la introducción de "sentencias penales indeterminadas"¹⁰, en las que la duración de su cumplimiento dependería de que se alcanzara el fin de la pena; y a ese respecto, la personalidad del autor habría de tener una importancia esencial tanto para la determinación como para el juicio sobre si se ha alcanzado el fin de la pena. Sin embargo, la época posterior no nos ha traído la sentencia penal indeterminada¹¹, sino las medidas de seguridad (cfr. § 4, nm. 11); y entre ellas se preveía la custodia de seguridad (actual § 66), que supone una privación de libertad orientada hacia el autor y de duración indeterminada, y de modo general, las medidas de seguridad son hasta la fecha las sanciones con mayor referencia al autor de nuestro Derecho penal.

⁶ v. Liszt (1892), 1905, 16.

⁷ v. Liszt (1902), 1905, 391.

⁸ v. Liszt (1902), 1905, 391.

⁹ Cfr. sobre la bipartición de "Derecho penal" y "política criminal" en Liszt, que tiene íntimos puntos de contacto con la división entre Derecho penal del hecho y de autor, Roxin, ZStW 81 (1969), 640 ss. (= Grundlagenprobleme, 60 ss.) [= Problemas básicos, 1976, 61 ss.; N. del T.].

¹⁰ v. Liszt (1893), 1905, 91 ss.

¹¹ Cfr. no obstante al respecto § 3, n. 17.

Los seguidores de Liszt no han ido sustancialmente más allá del dualismo prefigurado 5 por aquél, y según el cual los presupuestos de la punibilidad deben determinarse con criterios de Derecho penal del hecho, mientras que las consecuencias jurídicas deben determinarse más bien por criterios de Derecho penal de autor¹². Por ello pueden bastar unas simples indicaciones. Como fundadores de la denominada **concepción sintomática del delito** destacan Tesar¹³ y Kollmann¹⁴. Ambos sustentan (desde muy diversos puntos de partida metodológicos en lo particular) la tesis de que no se debe enjuiciar el hecho por su repercusión en el mundo exterior, sino por lo que nos revela sobre el interior del autor. Por tanto, el hecho es sólo un "síntoma" de la personalidad del autor. Pero como ambos siguen manteniendo que el hecho concreto es presupuesto de la sanción y de su teoría sintomática del delito sólo extraen consecuencias respecto de la clase y configuración de las sanciones, siguen estando dentro del marco previamente trazado por Liszt. Algo similar sucede con los defensores de la denominada **concepción caracterológica de la culpabilidad**, tal y como se encuentra en muchos discípulos de Liszt (Radbruch, Eb. Schmidt, Kohlrausch, Grünhut): el hecho se concibe como plasmación del carácter, como expresión de la personalidad del autor; y la culpabilidad del autor reside (desde una perspectiva determinista) en la responsabilidad del hombre por su carácter, por lo que la peligrosidad del delincuente condicionada por su personalidad se presenta directamente como elemento de la culpabilidad¹⁵. Pero los caracterólogos también mantuvieron, por razones propias del Estado de Derecho, el hecho concreto como presupuesto de las sanciones jurídicopenales, es decir, que no siguieron la vía de un Derecho penal de autor radical, sino que quisieron limitar su influjo a las consecuencias jurídicas del hecho punible.

III. Tendencias de Derecho penal de autor de los años treinta. Culpabilidad por la conducción de vida. Tipo de autor criminológico y normativo

En los años treinta se produjo un retroceso de los esfuerzos por desarrollar 6 un Derecho penal de autor preventivo siguiendo la orientación de Liszt, debido al descrédito tanto del pensamiento liberal como del preventivo especial. En su lugar se desarrollaron bajo el nombre de Derecho penal de autor otros enfoques, de los que vamos a seleccionar sólo los tres más conocidos.

1. Erik Wolf

En diversos trabajos¹⁶, de modo algo cambiante y enlazando en parte con la fenómeno- 7 logía del momento, Erik Wolf caracteriza al "autor" como "un miembro personal de la comunidad jurídica con una actitud interna jurídica corrompida"¹⁷, y describe esa corrupción o depravación de la actitud interna mediante los "tipos de autoría" que suponen la peligrosidad para el común (en los delincuentes sexuales), la oposición al común (p.ej. en la estafa y la administración desleal), la hostilidad al común (p.ej. en los delincuentes por convicción),

¹² Para más detalles al respecto Bockelmann, 1939, 123 ss. Realiza una buena síntesis Mezger, StrafR, ²1932, ³1949, 104 s. [= Tratado I, 1946, 80 s.; N. del T.].

¹³ Tesar, 1907.

¹⁴ Kollmann, 1908; Ídem, ZStW 28 (1908), 449.

¹⁵ De modo característico Grünhut, Aschaffenburg-FS, 1926, 87. Para más detalles sobre la importancia de estas concepciones para la actual teoría de la culpabilidad ver § 19, nm. 25 ss.

¹⁶ Deben destacarse especialmente: Vom Wesen des Täters, 1932; Tattypus und Tätertypus, ZAKDR 1936, 358.

¹⁷ E. Wolf, 1932, 16.

la dejadez frente al común (en los delitos contra la Administración) y la dañosidad para el común (p.ej. en los delitos imprudentes)¹⁸. Esa tipología de autores (no muy clara) no fue más elaborada y completada posteriormente; pero el concepto de la corrupción de la actitud interna, que ya no vincula el pensamiento del Derecho penal de autor a la necesidad de prevención, sino a la ética y la culpabilidad, influyó sobre la evolución posterior.

2. La Ley de delincuentes habituales de 1933

- 8 Otro impulso importante lo dio la Ley de delincuentes habituales (§ 4, nm. 11), de 24-11-1933, que favoreció la penetración de influencias del Derecho penal de autor no sólo en las medidas de seguridad que introdujo, sino también en las penas en algunos puntos: el § 20 a v. a. prescribía una pena de presidio a la tercera condena si "la valoración global de los hechos" pusiera de relieve que el autor "es un delincuente habitual peligroso"; por tanto, aquí ya no era el hecho como tal, sino la pertenencia al tipo criminológico de autor del delincuente habitual, lo que determinaba la pena. Igualmente se podía interpretar en el sentido del Derecho penal de autor la nueva regulación del § 51 II v. a., que para la imputabilidad disminuida preveía una atenuación no obligatoria, sino sólo facultativa. Y bajo ese enfoque se veían también a una nueva luz otros preceptos legales anteriores: así se reconoció que la punición del rufián (§ 181 v. a.), así como la del vagabundo, mendigo, borracho o vago (§361, n.^{os} 3-5, v. a.), en el fondo no sancionaba hechos concretos, sino formas de existencia, y por tanto tenía carácter de Derecho penal de autor. Y también otras disposiciones, como la agravante de reincidencia y los preceptos sobre profesionalidad y habitualidad, se interpretaron en muchas ocasiones en el sentido del Derecho penal de autor.
- 9 El problema principal con el que tuvo que luchar esa **"teoría del tipo criminológico de autor"**, consistía en resolver la cuestión de cómo se puede compatibilizar la dependencia de la pena de la pertenencia a un determinado tipo de autor con la idea de la pena por la culpabilidad, en la que se basaba en los demás casos el Derecho penal. La explicación más influyente la dio Mezger con su teoría de la **"culpabilidad por la conducción de la vida"**¹⁹, que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, decisiva para la mayoría de los delitos, porque sólo aquella parecía en condiciones de explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como "pena", es decir, como respuesta a la culpabilidad: "La culpabilidad jurídicopenal del autor no es sólo culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total culpabilidad por la conducción de su vida, que le ha hecho 'degenerar'"²⁰. Esa culpabilidad por la conducción de vida abarca toda la personalidad del autor, su haberse-hecho-así por llevar una vida equivocada, y en esa medida es una concepción

¹⁸ E. Wolf, 1932, 28-31.

¹⁹ Formulada por primera vez en ZStW 57 (1938), 688 ss.

²⁰ Mezger, ZStW 57 (1938), 688.

propia del Derecho penal de autor. La dificultad para esta teoría radica en que es casi imposible separar culpabilidad y destino (no provocado culpablemente) en la evolución de un ser humano. Posteriormente Bockelmann transformó las ideas de Mezger en una teoría de la "**culpabilidad por la decisión sobre la vida**", para poder concebir como culpable tanto la repentina como la lenta corrupción de la actitud interna, tanto la adquisición de una posición vital equivocada como la no superación de una tendencia congénita a la asocialidad²¹: "la esencia de la culpabilidad del autor no consiste en una conducción incorrecta de la vida, pero sí en una decisión incorrecta sobre la vida". Frente a esto, Engisch²², aunque sigue manteniendo la preponderancia de la "marca del destino"²³ en el desarrollo de la personalidad del criminal, destaca no obstante (invocando sobre todo a Schopenhauer y Simmel) la responsabilidad del individuo incluso por los rasgos no reprochables de su ser²⁴: "Si un sujeto, con ciertas acciones o con un determinado comportamiento, ha puesto de manifiesto un carácter malvado, veleidoso o desordenado, tiene que responder y expiar por ese carácter, y por cierto sin consideraciones a cómo ha llegado a tener ese carácter, con tal de que sea 'persona' (o sea, no enfermo mental o inmaduro) y que haya actuado como tal (es decir, sin estar en una situación de perturbación de la conciencia, etc.)". De ese modo, la teoría del tipo criminológico de autor se vuelve a unir con la idea de la culpabilidad por el carácter, tal y como ya se había sostenido por los seguidores de Liszt (nm. 5)²⁵. Hoy en día la doctrina dominante rechaza por razones propias del Estado de Derecho todas esas teorías que van más allá de la culpabilidad por el hecho concreto.

3. Legislación de guerra y tipo normativo de autor

Una ulterior transformación, de carácter totalmente distinto, de la teoría 10 del tipo de autor fue asimismo sustancialmente influenciada por medidas legislativas, concretamente por las regulaciones del Derecho penal de guerra del régimen nazi. Así las Ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo, de 5-9-1939²⁶, y contra delincuentes violentos, de 5-12-1939, contenían los tipos de personalidad, difícilmente captables, del "sujeto nocivo para el pueblo" y del "delincuente habitual". Los esfuerzos de la doctrina científica se encaminaron a restringir dichas leyes vagamente formuladas y con penas draconianas, sosteniendo que no debía someterse a las mismas todo aquel cuya conducta se hubiera podido subsumir en el tenor literal de dichos preceptos, sino que

²¹ Bockelmann, 1940, 145 ss. (la siguiente cita en: 153).

²² Engisch, ZStW 61 (1942), 166 ss.

²³ Engisch, ZStW 61 (1942), 177.

²⁴ Engisch, ZStW 61 (1942), 174.

²⁵ Así tb. el propio Engisch (ZStW 61 [1942], 177).

²⁶ Para más detalles sobre ella Werle, JuS 1989, 952.

se exigía que sólo se aplicaran los preceptos cuando el autor mediante su conducta se hubiera mostrado "conforme a su ser" como un típico "sujeto nocivo para el pueblo" o un típico "delincuente habitual" ²⁷. El portavoz de esta corriente fue Dahm ²⁸, quien aplicó también la idea del tipo de autor a todo el Derecho penal tradicional. Así opinaba p.ej. que un médico no puede ser castigado por aborto conforme al § 218 si realiza una intervención "para salvar la vida de la madre, pero saltándose el obstáculo de la falta de asentimiento de la misma" ²⁹; pues según él, "la representación del abortista, viva en la conciencia popular", no se ajusta a este caso. Del mismo modo sostenía que p.ej. el castigo de niños (ajenos) ineducados no concuerda con el tipo del lesionador (§ 223), ni la comunicación confidencial de expresiones deshonrosas dentro del círculo familiar concuerda con el tipo del "deshonrador", que presupone el § 185, ni el hecho de que los padres permitan la relación sexual entre novios concuerda tampoco con la imagen del proxeneta (§ 181 I, n.º 2, v. a.), lo que tiene como consecuencia que esas conductas y numerosas otras no típicas de autores deben excluirse de los tipos respectivos y quedar impunes. Dahm acentuaba sobre todo el efecto restrictivo de la pena de su teoría del tipo de autor (y sobre todo también en los delitos de omisión), pero opinaba que, en vista del debilitamiento entonces vigente de la prohibición de analogía (cfr. § 4, nm. 14), en su caso también se podía fundamentar una extensión y ampliación de la punibilidad "mediante la referencia al tipo de autor" ³⁰.

- 11 Esta concepción se denomina **"teoría del tipo normativo de autor"**. "Normativo" significa: que establece un baremo o módulo valorativo; es decir, que se medía el hecho concreto por el baremo de una imagen o modelo del autor típico, y sólo si el hecho se ajustaba al baremo, se subsumía en el tipo. Esta teoría del tipo normativo de autor caracteriza algo sustancialmente distinto del tipo criminológico de autor, que antes se ha expuesto: pues en tanto que en el tipo criminológico de autor lo que cuenta es que la personalidad totalmente individual del autor concuerda con las características criminológicas del delincuente habitual, del rufián, etc. (lo que constituye una constatación empírica), aquí se trata sólo de si el hecho concreto se ajusta a la representación que se hace el intérprete del modo de actuar de un típico autor (lo que presupone un juicio de valor)³¹. Por eso, en el fondo la teoría del tipo nor-

²⁷ Detalladamente y con citas de la jurisprud., las ponencias de Mezger y Gallas sobre "Tat- und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht" ("Pena por el hecho y pena en cuanto autor, especialmente en el Derecho penal de guerra") (ZStW 60 [1941], 353 ss., 374 ss.), así como el subsiguiente informe sobre el coloquio de Bockelmann (loc. cit., 417 ss.). De la jurisprud. posterior cfr. aún RGSt 74, 201, 322; 75, 295.

²⁸ Dahm, *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940.

²⁹ Dahm, 1940, 22; los siguientes ejemplos en loc. cit., 43.

³⁰ Dahm, 1940, 49.

³¹ Cfr. Dahm, 1940, 27 s.

mativo de autor no tiene mucho que ver con el Derecho penal de autor³², puesto que no se ocupa de la personalidad del autor, sino que lo que hace es comparar su hecho concreto con el modelo conductual representado de la acción que se espera de un típico autor de ese delito. Por tanto, esta teoría es realmente un método especial de interpretación de los tipos legales en el marco del Derecho penal de autor³³. Y en su momento influyó incluso sobre el legislador (cfr. las expresiones "el asesino", o "como homicida", utilizadas en la versión de los §§ 211 y 212 vigente desde 1941³⁴).

Hoy en día se rechaza por lo general la teoría del tipo normativo de autor, 12 porque suprime la exactitud de los tipos legales³⁵. Tales reparos son absolutamente justificados en la medida en que se refieren a una extensión de la punibilidad que vaya más allá del tenor literal, ya que la misma es absolutamente improcedente en virtud del mandato constitucional de precisión y certeza (cfr. para más detalles § 5, nm. 28 ss.). Pero en cambio, en el campo de la restricción de la punibilidad esta teoría no es, ni ahora ni antes, totalmente obsoleta. Es cierto que Dahm no tiene suficientemente en cuenta que toda restricción de la punibilidad ha de estar amparada por el fin de la ley y que ese fin no se puede eludir invocando una "concepción popular de la vida". Así p.ej., cuando Dahm no quiere que se castigue por el § 218 la interrupción del embarazo que salva la vida a la madre, pero efectuada contra su voluntad, ni que sea punible por el § 223 el castigo aplicado a niños ajenos maleducados, está interpretando el requisito justificante del consentimiento materno y los límites del derecho de corrección saltándose a la torera de modo inadmisiblemente la voluntad del legislador. Pero dentro del marco del fin de la ley, tal pensamiento tipológico puede ser un medio legítimo de interpretación restrictiva. Por eso, la opinión de Schmidhäuser sosteniendo "que las concretas leyes penales no precisan ninguna limitación más allá de la propia descripción del hecho"³⁶, no es correcta con esa generalidad. Así p.ej., la jurisprudencia y la doctrina, siguen restringiendo actualmente con consideraciones de tipología del autor el tipo de la administración desleal (§ 266); asimismo, dicho enfoque puede ser valioso en los delitos omisivos para interpretar la "cláusula de la equivalencia" del § 13 I. E igualmente, múltiples casos que hoy se intenta

³² Esto es algo que sólo se fue reconociendo poco a poco en la discusión de aquella época, pero que posteriormente se ha reconocido cada vez con mayor claridad, mientras que en la mayoría de los enfoques de la jurisprudencia antigua se mezclaba el tipo criminológico de autor con el normativo.

³³ Así ya Bockelmann, 1954, 29.

³⁴ Sin embargo, la jurisprudencia posterior (la verdad es que en contra de los deseos del legislador) no ha interpretado los §§ 211 y 212 en el sentido del tipo normativo de autor, a pesar de que de ese modo se podría haber evitado la frecuentemente criticada aplicación demasiado amplia del §211. Sobre la importancia de la teoría del tipo de autor en la génesis del § 211 cfr. Frommel, JZ 1980, 559 ss.

³⁵ Cfr. Bockelmann, 1954, 29; Schmidhäuser, LB AT², 7/44. La enjuician positivamente Baumann/Weber, AT⁹, § 10, 3 a.

³⁶ Schmidhäuser, LB AT², 7/44.

frecuentemente excluir del tipo por medio de la idea de la adecuación social (para más detalles al respecto § 10, nm. 33 ss.), fueron resueltos ya por Dahm de igual manera mediante su teoría del tipo normativo de autor³⁷. Por consiguiente, tal idea sigue siendo un medio auxiliar interpretativo de (limitada) utilidad, pero a partir de ahora y desde el punto de vista del Derecho penal de autor, en el que sólo se la puede ubicar en sentido impropio, ya no se la volverá a mencionar en la siguiente exposición.

IV. Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor en el Derecho vigente

Está fuera de discusión que el Derecho actualmente vigente es predominantemente un Derecho penal del hecho (cfr. ya nm. 1 s.). En cuanto al examen de la cuestión de si y dónde siguen operando hoy, junto al mismo, influencias del Derecho penal de autor, hay que distinguir entre repercusiones del Derecho penal de autor de carácter agravante y de carácter atenuante.

1. Influencias del Derecho penal de autor agravatorias de la pena

Se afirma que existen tales influencias en tipos de la Parte especial, en regulaciones dogmáticas de la Parte general y en la medición de la pena. Sin embargo, no se pueden reconocer en ninguno de esos tres campos.

a) ¿Tipos de Derecho penal de autor en la Parte especial?

Para la interpretación de los tipos de la Parte especial hoy ya no es necesario recurrir a consideraciones de Derecho penal de autor.

Los tipos de las faltas del antiguo § 361, n.^{os} 3-5 (vagabundería, mendicidad, embriaguez, ociosidad) han sido derogados por la reforma del Derecho penal (desde el 1-1-1975). El tipo del rufianismo (§181 a), si bien ha sido mantenido frente a múltiples propuestas de supresión³⁸, no obstante se ha modificado en el sentido de un Derecho penal del hecho, en cuanto que ya no se castiga el modo de vida asocial-parasitario del rufián, sino que se protege la independencia personal y económica de las personas prostituidas; por tanto, el requisito de una relación entre autor y víctima más allá del caso concreto sólo pretende caracterizar la puesta en peligro de la independencia de la prostituta. Sin embargo, es cierto que (a diferencia del ap. 1) eso no queda claro en el § 181 a II, por lo que tal precepto debe ser objeto de una interpretación restrictiva en el sentido de un tipo de peligro. Del mismo modo, la profesio-nalidad, que fundamenta la pena en el § 180 a I-III (favorecimiento de la prostitución) no debe interpretarse en el sentido del Derecho penal de autor, sino en el de que sólo con la profesionalidad del favorecimiento se producen los peligros para la libertad de las personas prostituidas que quiere prevenir el precepto³⁹.

El propio Dahm (1940, 45) alude al parentesco con esa teoría.

P.ej. en el PA: AE BT (Sexualdelikte), 1968, 55.

En contra en ese punto, p.ej., Baumann/Weber, AT⁹, § 9, 1.

Tampoco se apartan del terreno del Derecho penal por el hecho las agrá- 16 vaciones de pena en las cualificaciones por la comisión profesional y habitual (§§ 260, 292 III, 302 a II 2, n.º 2), que Jescheck⁴⁰ aduce como ejemplos de "genuina punición del autor". En efecto, en estos casos no se trata de un tipo criminológico de receptor, cazador furtivo o usurero, sino de que la comisión profesional o habitual de esos delitos, con independencia de la persona del autor, es mucho más dañosa socialmente que el hecho aislado ocasional y por eso precisa una pena superior. Por consiguiente la cualificación de la comisión cuasiprofesional no es aún suficiente para fundamentar un Derecho penal de autor, sino que para ello debería añadirse la atención a elementos especiales de la personalidad, que no se da en estos casos⁴¹.

Asimismo existe actualmente un amplio acuerdo en que también se deben 17 interpretar conforme al Derecho penal del hecho, y no al de autor, los tipos que atienden a determinados motivos o actitudes internas del sujeto activo. Así p.ej., el hecho de matar a otro de modo "cruel" se castiga como asesinato (§ 211), y a ese respecto, según la jurisprud., actúa con crueldad "quien le produzca a la víctima dolores especialmente intensos o torturas de tipo físico o psíquico por una actitud interna insensible e inmisericorde"⁴². Y para la comprobación de esa actitud no importa si el autor como tal es una persona cruel, lo que sería un punto de vista del Derecho penal de autor, sino que el BGH dice expresamente: "Tal actitud interna, que pertenece al concepto de actuación cruel, no tiene por qué radicar en el modo de ser del autor ni influir constantemente en el conjunto de su comportamiento". Basta con que el mismo haya mostrado en su hecho concreto una actitud interna falta de sentimientos y que le haya causado especiales sufrimientos a la víctima. Un homicidio así (p.ej. un hecho por celos) será "cruel" y deberá castigarse como asesinato, aunque no concuerde con la imagen de la personalidad del autor, que acaso se haya mostrado por lo demás como una persona pacífica y de buen corazón. Y otros elementos típicos del asesinato, como la "codicia" o la "alevosía", tampoco presuponen que el autor sea un sujeto codicioso o alevoso, sino sólo que en el hecho concreto haya puesto de manifiesto esos rasgos. Lo mismo rige para la interpretación de elementos típicos como "brutal" (§ 223 b), "desconsiderado" (§ 315 c I, n.º 2), etc.

⁴⁰ Jescheck, AT⁴, § 7 III 2; asimismo Baumann/Weber, AT⁹, § 9, 1 ("puro Derecho penal de autor").

⁴¹ Cfr. Schmidhäuser, LB AT², 7/46; idem, 1958, 132 ss.

⁴² Esta cita y la siguiente son de BGHSt 3, 264 s.

b) ¿Influencias del Derecho penal de autor en la Parte general?

Aquí cabe plantear en primer lugar el supuesto de que haya motivos del Derecho penal de autor que influyan en la elección del marco penal. Así ocurría en el antiguo § 20 a (nm. 8), que preveía una pena especialmente agravada para "delinquentes habituales peligrosos" y presuponía una "valoración global" de la personalidad del autor. Pero ese precepto ha sido derogado en la reforma del Derecho penal precisamente porque era incompatible con el principio de culpabilidad por el hecho. Lo propio sucede en la agravación de la pena por reincidencia del § 48 v. a., que pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho; pues bien, tal precepto fue derogado, bajo la presión de la crítica contra el mismo, por la 23.^a StrÄG de 13-4-1986. Y de tal decisión legislativa cabe deducir que también hay que dar preferencia en los demás terrenos a las interpretaciones propias del Derecho penal del hecho frente a las interpretaciones eventualmente posibles en el sentido del Derecho penal de autor, en los casos en que estas últimas fundamentaran una pena más elevada.

El único problema condicionado por el marco penal en el Derecho vigente sigue siendo el de la imputabilidad considerablemente disminuida, en la que según el § 21 la pena "puede", pero no "tiene que" atenuarse. En este caso parece en principio lógica una interpretación en el sentido del Derecho penal de autor, que también había sido apadrinada por el antecedente inmediato del § 21, o sea, el antiguo § 51 II, introducido por la Ley de delinquentes habituales de 24-11-1933 (para más detalles § 20, nm. 37). En efecto, cabe decir que desde el aspecto del hecho concreto una culpabilidad considerablemente disminuida necesariamente ha de implicar una pena inferior; pero que, si pese a ello la atenuación sólo se prevé con carácter facultativo, entonces es que el legislador ha partido de la base de que, pese a la disminución de la culpabilidad por el hecho concreto, a veces la personalidad del autor hace que parezca inoportuna la atenuación de la pena. Sin embargo, es preferible otra interpretación distinta de la atenuación potestativa, que sea compatible con los principios de un Derecho penal del hecho; y entonces cabe la solución de considerar que en caso de imputabilidad disminuida normalmente habrá que rebajar la pena, pero que en el caso concreto no procederá la atenuación de pena cuando la disminución de la capacidad de culpabilidad se vea compensada por circunstancias del caso concreto que aumenten la culpabilidad (detalladamente al respecto y con ulteriores referencias, § 20, nm. 36 ss.). El clásico supuesto de este tipo es el de que el sujeto se emborrache imprudentemente por beber alcohol sin límites y a continuación cometa delitos en ese estado; en tal caso la disminución de la capacidad de culpabilidad al cometer

el hecho es compensada por la culpabilidad que implica el hecho de embriagarse.

También se interpretan en el sentido del Derecho penal de autor ciertas 20 regulaciones dogmáticas que acuden a una culpabilidad previa del autor⁴³. Ello sucedería en primer lugar en la imprudencia, en la que a menudo el autor ya no podía evitar el resultado en la situación concreta, pero en el pasado ha omitido dotarse de los conocimientos y aptitudes que le habrían capacitado para superar el peligro. Pero realmente es innecesario atender en este caso a una culpabilidad por la conducción de la vida, que nunca es concretamente precisable⁴⁴. Por el contrario, la culpabilidad (por el hecho) ha de fundamentarse siempre en que el sujeto no se ha abstenido de realizar la actividad causante del resultado a pesar de que podía darse cuenta de que no estaba capacitado para efectuarla correctamente (cfr. § 24, nm. 111). Del mismo modo, la vencibilidad del error de prohibición (§ 17) tampoco se debe basar en una culpabilidad por la conducción de la vida, que podría consistir en que alguien no se ha educado para ser una persona que piense de modo jurídico. En vez de ello, hay que considerar que un error de prohibición sólo es vencible si en relación con el hecho concreto el sujeto ha tenido algún motivo (p.ej. al asumir una determinada ocupación) para cerciorarse de la licitud de su conducta (detalladamente § 21, nm. 45 ss.). Y asimismo, las alteraciones profundas de la conciencia debidas a un estado pasional provocado culpablemente (§ 20, nm. 14 ss.) y la figura de la *actio libera in causa* (§ 20, nm. 55 ss.) también pueden tratarse adecuadamente sobre la base de un puro Derecho penal del hecho, sin necesidad de acudir a la culpabilidad por la conducción de la vida.

c) ¿Influencias del Derecho penal de autor en la medición de la pena?

En el § 46 se le impone al juez el cometido de tener en cuenta para la 21 medición de la pena, entre otras cosas, "la vida previa del autor, sus circunstancias personales y económicas", pero también "su comportamiento posterior al hecho" (ap. 2). Este precepto se interpreta también con cierta frecuencia en el sentido de que en el mismo influyen elementos de Derecho penal de autor⁴⁵, mientras que la op. dorn, sólo admite esos criterios de medición de la pena "como indicios de la medida de la intensidad criminal y actitud interna que se revela en el hecho"⁴⁶. Hay que darle la razón a la op. dom. en cuanto que en todo caso la culpabilidad por la conducción de la vida nunca puede

⁴³ Cfr. p.ej. Jescheck, AT⁴, § 38 IV 3, según el cual debe recurrirse a la "evolución de la actitud interna del autor" para fundamentar la culpabilidad. Además Blei, AT¹⁸, § 112 III.

⁴⁴ Así, no obstante, Haft, AT⁵, 121, fundamentándolo en que el autor ha "dejado atrofiarse su inconsciente disponibilidad para actuar reaccionando de modo adecuado a los peligros".

⁴⁵ Jescheck, AT⁴, § 7 III 2, § 38 W 3.

⁴⁶ Lackner²⁰, § 46, nm. 36.

utilizarse para rebasar en la medición de la pena la medida de la culpabilidad por el hecho ⁴⁷; por tanto, por un hecho de escasa relevancia no se le puede castigar a nadie más gravemente porque la conducción de su vida es equivocada y hace temer su reincidencia en el delito. De lo contrario, dado que la "culpabilidad por la conducción de la vida" a menudo es "sólo una expresión conciliadora para indicar la peligrosidad" ⁴⁸, serían las necesidades de prevención especial las que determinarían la cuantía de la pena y se habría anulado el efecto limitador de la pena que frente a las necesidades preventivas despliega el principio de culpabilidad (§ 3, nm. 46).

2. Influencias del Derecho penal de autor atenuatorias de la pena

22 En cambio, encontramos fuertes influencias de un Derecho penal de autor no orientado a la culpabilidad, sino puramente preventivo especial, en la configuración de las sanciones que se quedan por debajo de la medida de la culpabilidad. Como no hay ninguna prohibición de exceso respecto de la culpabilidad que se oponga a ello, en este caso puede desplegar sus efectos sin obstáculos un pensamiento de Derecho penal de autor preventivo especial. El mejor ejemplo lo constituye la condena condicional (§§ 56-58), cuya concesión depende en buena parte de un pronóstico sobre la conducta futura del autor, en el que según el tenor legal también hay que tener en cuenta, sobre todo, la personalidad del condenado, su vida previa y las circunstancias de su vida (cfr. § 56 I). Algo similar sucede en la amonestación con reserva de pena (§ 59) y —en menor medida— también en la dispensa (o abstención) de pena (§ 60). Y si, como aquí se propugna (cfr. § 3, nm. 48), en la medición de la pena conforme al § 46 se admite incluso, en virtud del § 46 I 2, quedar por debajo de la medida de la culpabilidad en el supuesto de que la pena adecuada a la culpabilidad hubiera de tener efectos claramente desocializadores, a estos efectos también habrá de desempeñar un papel decisivo el enjuiciamiento de la personalidad del autor. Con carácter absolutamente general cabe afirmar que la idea de un Derecho penal de autor preventivo especial tiene aún un gran futuro en el (limitado) terreno de la medición de la pena y de la configuración de la sanción cuando se queda por debajo de la medida de la culpabilidad. Pues en ese campo concuerda con todas las tendencias de un moderno Derecho penal resocializador y simultáneamente no plantea el menor problema desde la perspectiva del Estado de Derecho.

⁴⁷ Detalladamente Bruns, *StrafZurR*, ²1974, 543 ss.

⁴⁸ Bruns, *StrafZurR*, ²1974, 545.

3. Las medidas de seguridad como expresión del pensamiento del Derecho penal de autor

No hace falta una amplia exposición para destacar que las medidas de seguridad y corrección, a diferencia de las penas, son fruto del pensamiento del Derecho penal de autor. Las mismas se han desarrollado a partir de la teoría de la prevención especial de Liszt (§ 3, nm. 12) y se orientan por principio totalmente a la personalidad del autor; y como no requieren culpabilidad, hay un amplio retroceso del hecho concreto como fundamento de la responsabilidad. Es cierto que se han introducido garantías propias del Estado de Derecho en el sistema de medidas de seguridad, y en esa medida tampoco son aquí totalmente irrelevantes el hecho y el peso del mismo. Pero en comparación con la pena se han invertido los signos: la personalidad del autor está en primer plano y el hecho sólo sirve para dar lugar a la sanción y para impedir excesos desproporcionados en su aplicación (cfr. § 62).

§ 7. Dogmática jurídicopenal y sistema del Derecho penal. Problemas básicos de la teoría general del delito

Bibliografía: v. Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, ZStW 6 (1886), 663 (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 1, 1905 [reimpr. 1970], 212); v. Liszt, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, Mitteilungen der IKV, t. 4, 1893 (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 2, 1905 [reimpr. 1970], 75); Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903 (reimpr. 1967); Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906; Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Universität Gießen-FS, 1907, 3; H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 19, 184; Radbruch, Rechtsidee und Rechtsstoff, ARSP 17 (1923/24), 345 (= Arth. Kaufmann [ed.], Die ontologische Begründung des Rechts, 1965, 5); Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-FS, t. I, 1930, 1; Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-FS, 1.1, 1930, 158; Zimmerl, Der Aufbau des Strafrechtssystems, 1930; v. Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; zu Donna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936, ⁴1950; Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 (1938), 225; Mittasch, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik, 1939; Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491; Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Laun-FS, 1948, 157 (en eds. separata: 1960, 1964); Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949; Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 1953, ⁵1974; Nowakowski, Die Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945, JB1 1954, 134, 159; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (tb. como separata, 1955, y en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 19); Coing, Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, 1956; Engisch, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale 1957, 173; Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), 179; Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, ¹1961 [= El nuevo sistema del Derecho penal, trad. de J. Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964]; Bollnow, Die Objektivität der Geisteswissenschaften und die Frage nach dem Wesen der Wahrheit, en: Maß und Vermessenheit des Menschen, 1962, 131; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 515 (= Grundlagenprobleme, 72) [= Problemas básicos, 1976, 84]; Stratenwerth, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStR 81 (1965), 179; Diederichsen, Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 1966, 697; Welzel, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, 421; Norbert Hörn, Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, NJW 1967, 601; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, ²1967; Roxin, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Radbruch-GS, 1968, 260; Schmidhäuser, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Radbruch-GS, 1968, 268; Welzel, Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW 1968, 425; Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969; Gimbernat Ordeig, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, ZStW 82 (1970), 379; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, ²1973 [= Política criminal y sistema del Derecho Penal, trad. de Muñoz Conde, 1972]; Roxin, Gedanken sur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-FS, 1970, 133 (= Grundlagenprobleme, 123) [= Problemas básicos, 1976, 128]; Wieacker, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, Gadamer-FS, t. 2, 1970, 311; Dre-

her, Recens. de Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem (1970), GA 1971, 217; Heinitz, Recens. de Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem (1970), ZStW 83 (1971), 756; Müller-Dietz, Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik, en: Müller-Dietz (ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, 105; Roxin, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), 369; Nowakowski, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JB1 1972, 19; Stratenwerth, Recens. de Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem (1970), MSchrKrim 1972, 196; Welzel, Zur Dogmatik im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 3; Engisch, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Welzel-FS, 1974, 343; W. Hassemer, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974; Moos, Die finale Handlungslehre, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, t. 2, 1974, 5; Suárez Montes, Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre, Welzel-FS, 1974, 379; Naucke, Der Aufbau, des § 330 c StGB. Zum Verhältnis zwischen Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts, Welzel-FS, 1974, 761; Fincke, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des StGB, 1975; Otto, Dogmatik als Aufgabe der Rechtswissenschaft, en: Internationales Jahrbuch für interdisziplinäre Forschung, t. 2, 1975, 116; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsverinterpretation, ²1976; Rödiger, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Lan-ge-FS, 1976, 39; Zipf, Rezension zu Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem (²1973), ZStW 89 (1977), 707; Haffke, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978, 33; Naucke, Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre, 1979; Schild, Die "Merkmale" der Straftat und ihres Begriffs, 1979; Volk, Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit, Bockelmann-FS, 1979, 75; Baratta, Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, ZStW 92 (1980), 107; Loos, Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, en: Immenga (ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, 261; Zipf, Kriminalpolitik, ²1980; Hruschka, Das Strafrecht neu durchdenken!, GA 1981, 237; Hünerfeld, Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre aus Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition in Europa, ZStW 93 (1981), 979; Jescheck, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der ZStW, ZStW 93 (1981), 3; Steiniger, Die moderne Strafrechtsdogmatik etc., ÖJZ 1981, 365; Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Amelung, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ 1982, 617; Arm. Kaufmann, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; Marxen, Die rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus, ARSP, Beiheft 18, 1983, 55; Rudolphi, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, en: Schönemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 69 [= El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 81]; Schönemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: Schönemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 1 [= El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 31]; Hruschka, Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?, JZ 1985, 1; Jäger, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985; Naucke, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985; Schönemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, 341; 1986, 293; Jescheck, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98 (1986), 1; Schmidhäuser, Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?, JZ 1986, 109; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988; Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, 399; von der Linde, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, Überlegungen zu einer funktionalen Straftatsystematik, 1988; Schmidhäuser, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988; Cuello Contreras, Sobre los Orígenes y Principios del Método Dogmático en la Teoría del Delito, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 113; Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989; Hoerster, Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral, JZ 1989, 10; Hoerster, Wer macht sich Illusionen?, JZ 1989, 425; Maiwald, Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart, en: Behrends/Henckel (eds.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989, 120; Polaino Navarrete, Die Strafbarkeit im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 501; Roxin, Synthese aus deutscher Sicht, en:

Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 203; Schmidhäuser, Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht, JZ 1989, 419; Altpeter, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, 1990; Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; Langer, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, GA 1990, 435; Schüler-Springorum, Kriminologie als Herausforderung der Kriminalpolitik, KritV 1990, 313; Ida, Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem, 1991; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, ⁶1991; Maelicke/Ortner (eds.), Thema Kriminalpolitik, 1991; Runte, Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre, 1991; Schüler-Springorum, Kriminalpolitik für Menschen, 1991; Castaldo, Objektive Zurechnung und Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1992; Hirsch, Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?, Spindel-FS, 1992, 43; Müller-Dietz, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft nach 1945, GA 1992, 99; Renzikowski, Wertungswidersprüche als (straf-)rechtsmethodisches Problem, GA 1992, 159; Schünemann, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, Rud. Schmitt-FS, 1992, 117; Tiede-mann, Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts, Baumann-FS, 1992, 7; Hirsch, 25 Jahre Entwicklung des Strafrechts, en: Jur. Studiengesellschaft Regensburg (ed.), 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland etc., 1993, 35; Wolter, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem, 140 Jahre GA, 1993, 269.

I. Los cometidos de la dogmática y sistemática del Derecho penal

1 La dogmática jurídicopenal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal'. Por su referencia al Derecho vigente y por sus métodos se diferencia de la **historia del Derecho penal** y del **Derecho penal comparado**, pero también de la **política criminal**, cuyo objeto no lo constituye el Derecho como **es**, sino como **debería ser** en cuanto a una adecuada disposición para sus fines ². La dogmática jurídicopenal alemana disfruta de una elaboración muy profunda y diferenciada (a juicio de algunos críticos, en diversos puntos incluso excesivamente sutil) y también ha sido y es influyente internacionalmente desde los tiempos de Liszt (§ 3, nm. 12) y Binding (§ 4, nm. 3) hasta hoy. Ello ocurre especialmente en su campo principal, el de la teoría del hecho punible, denominada también **teoría general del delito**, porque mediante abstracción de los tipos concretos de la Parte especial abarca los presupuestos generales de la acción punible. La dogmática de la teoría general del delito es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la Parte general. Y también es muy importante para la formación de estudiantes en la Universidad; pues por regla general en el examen se le somete al estudiante un determinado supuesto de hecho, exigiéndole que realice un dictamen sobre si y, en su caso, cómo resultan responsables penalmente las personas intervinientes; y esa exigencia

¹ "Dogma" es un vocablo griego que significa algo así como "opinión", "disposición", "proposición doctrinal". La dogmática es la ciencia de los dogmas. Sobre el concepto y cometidos de la dogmática Maiwald, 1989, 120.

² Sin embargo, sobre las estrechas relaciones entre dogmática jurídicopenal y política criminal cfr. *infra* nm. 68 ss.

sólo se puede cumplir si se poseen sólidos conocimientos dogmáticos del Derecho penal³.

La dogmática de la Parte general, de la que se ocupa este libro, no obedece a los mismos principios que la de la Parte especial: pues la Parte especial está al servicio de la protección de bienes jurídicos y contiene normas de conducta, mientras que la Parte general "se compone especialmente de reglas de validez y de imputación"^{3a}.

Uno de los cometidos más difíciles que encuentra la dogmática de la teoría general del delito es la formación y evolución cada vez más fina de un sistema del Derecho penal. Un "sistema" es, por decirlo con las conocidas formulaciones de Kant, "la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea"⁴, un "todo del conocimiento ordenado según principios"⁵. Por tanto, la dogmática jurídicopenal no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales, sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un "todo ordenado" y de ese modo hacer visible simultáneamente la conexión interna de los dogmas concretos⁶. Ello suena algo abstracto, y radica en la naturaleza de las cosas el hecho de que sólo es posible hacer comprensible en toda su extensión el contenido y significación del sistema del Derecho penal mediante su exposición (y no "de entrada"). Sin embargo, cabe lograr ya la medida mínima de perspectiva que es aquí necesaria, mediante un esbozo de panorámica, ilustrada con ejemplos, sobre las categorías básicas del sistema del Derecho penal y sus problemas, a partir de los cuales posteriormente se desarrollará en detalles la teoría del hecho punible.

II. Conceptos básicos del sistema del Derecho penal

En la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad. Por tanto,

³ Por la importancia que tiene la dogmática de la teoría general del delito para la formación universitaria se explica que algunas exposiciones de la Parte general, como las de Stratenwerth (AT³, 1981) y Wessels (AT²³, 1993), se limiten a ella en lo esencial.

^{3a} Tiedemann, Baumann-FS, 1992, 7 (11); Tiedemann expone tb. en un breve esbozo (8/9) la evolución de la separación de PG y PE. Sobre la relación entre PG y PE además Naucke, Welzel-FS, 1974; Fincke, 1975.

⁴ Kant, Kritik der reinen Vernunft, edición de la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, a cargo de Weischedel, t. 2, 1956, 696 (= '1781, 832).

⁵ Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, edición como en n. 4, t. 5, 1957, 11 (= '1786, prefacio, p. IV).

⁶ Indicaciones bibliogr. sobre conceptos de sistema jurídicamente significativos en Schünemann, 1984, 1, n. 1 [= El sistema moderno del. DP: cuestiones fundamentales, trad. de Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 31, n. 1; N. del T.]. Schünemann denomina sistema a "una ordenación lógica de los conocimientos particulares obtenidos en la correspondiente ciencia" (loc. cit., 1) [= El sistema moderno del DP, 1991, 31; N. del T.].

toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a los cuales puede añadirse aún en algunos casos un ulterior presupuesto de la punibilidad. Las citadas categorías básicas le dan ya a la materia jurídica, en principio no preparada, un considerable grado de orden y de principios comunes⁷. Su contenido concreto y su relación recíproca son discutidos y, según los distintos puntos de vista científicos de que se parta, presentan un aspecto diferente para cada una, como se desarrollará con más detalle en la siguiente exposición. Sin embargo, para crear una base provisional de entendimiento, a continuación vamos a explicar estos conceptos de momento de la forma más elemental y tal y como se emplean mayoritariamente en la ciencia y en la praxis.

1. Acción

4 Según lo dicho, en primer lugar ha de concurrir una "**acción**" (para más detalles al respecto § 8). Según la opinión más extendida, acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que —como p.ej. los movimientos reflejos o los ataques convulsivos— son sencillamente indominables para la voluntad humana.

2. Tipicidad

5 Esa acción ha de ser **típica**, o sea, ha de coincidir con una de las descripciones de delitos, de las que las más importantes están reunidas en la Parte especial del CP (para más detalles al respecto § 10). Por tanto, quien p.ej. mediante una determinada acción "sustraе una cosa mueble ajena con el ánimo de apropiársela antijurídicamente", realiza el tipo del hurto (§ 242). La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* (sobre ello detalladamente § 5). Por consiguiente no es posible

⁷ Frente a esto, Naucke, 1979, aboga por la formulación de una teoría general del hecho punible, cuya legitimación no se extraiga del Derecho positivo, sino a la que, a la inversa, se adhiera el Derecho positivo (p. 32). Según él, la actual teoría general del delito no cumple esas exigencias, sino que, como "actualidad de ayer fijamente escrita" (p. 33), "al subrayar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad... presupone una determinada situación única del Estado y de su Derecho penal" (p. 30). Y añade que es importante "volver a aumentar la generalidad sólo escasa de la teoría actual hasta convertirla en una auténtica generalidad". Sin embargo, frente a esto hay que responder que los citados conceptos sistemáticos, como mostrará el texto que sigue, han experimentado una constante evolución en su contenido, es decir que ya no reproducen en absoluto la situación "de fines del siglo XDI" (p. 33). La estructura sistemática aquí defendida (nm. 23 ss.) precisamente pretende, sin renegar de la tradición, contribuir a configurar la evolución futura.

derivar acciones punibles de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles.

3. Antijuridicidad

La acción típica ha de ser **antijurídica**, o sea prohibida (para más detalles 6 al respecto § 14). Por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación. Tales causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico. Así p.ej., si el agente judicial entra coactivamente en la casa del deudor, habrá un allanamiento de morada típico (§ 123); pero el mismo estará justificado por las facultades del derecho de ejecución (§ 758 ZPO). Y si el padre le da una bofetada al hijo por razones educativas, realiza el tipo de las lesiones (§ 223); pero el derecho de corrección admitido por el Derecho de familia le proporciona una causa de justificación. Pero también se contienen causas de justificación en el StGB, sobre todo el derecho, extraordinariamente importante, a la legítima defensa (§ 32) y el estado de necesidad justificante (§ 34). Ante una acción típica y antijurídica se habla de "**injusto**" penal, con cepto que comprende por tanto las tres primeras categorías. ^

4. Culpabilidad

Por último, la acción típica y antijurídica ha de ser **culpable**, es decir, ha de poderse hacer responsable de ella al autor, la misma se le ha de poder, como mayoritariamente se dice, "reprochar" (para más detalles al respecto § 19). Para ello es presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (§§ 19 y 20) y la ausencia de causas de exculpación, como las que suponen p.ej. el error de prohibición invencible (§ 17) o el estado de necesidad disculpante (§ 35). La diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida. Únicamente no se castiga, pero por regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica.

5. Otros presupuestos de punibilidad

Una acción típica, antijurídica y culpable es por lo general punible. Pero 8 excepcionalmente, es decir en algunos preceptos penales concretos, han de añadirse aún otros presupuestos de punibilidad para desencadenar la punibilidad. Tales presupuestos son las llamadas **condiciones objetivas de punibilidad** y la **ausencia de causas de exclusión de la punibilidad** (para más

detalles al respecto § 23). Una condición objetiva de punibilidad es p.ej. la garantía de la reciprocidad en la protección penal de representantes y símbolos extranjeros (§§ 102-104 a), y una causa de exclusión de la punibilidad es p.ej. la indemnidad en caso de injurias parlamentarias (§ 36). La falta de garantía de la reciprocidad no modifica en nada el hecho de que p.ej. los daños producidos en signos de la soberanía extranjera son típicos, antijurídicos y culpables; únicamente quedan sin castigo. E igualmente el insulto de un diputado a otro es también una injuria típica, antijurídica y culpable aunque tenga lugar en el Parlamento Federal; sólo que no puede ser penada.

III. Sobre la evolución histórica de la moderna teoría del delito

1. El descubrimiento de los conceptos fundamentales

9 Las categorías básicas descritas —que también se las llama "peldaños (escalones) de la estructura del delito" (cfr. sobre ello nm. 76)— han sido poco a poco desarrolladas por la ciencia en un proceso de discusión de décadas. Así aparece el concepto de acción por primera vez en el manual de Albert Friedrich Berner (1857)⁸ como piedra básica del sistema del delito. La exigencia de reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad la formula poco después el gran jurista Rudolph von Jhering⁹ en su escrito "Das Schuldmoment im römischen Privatrecht" ("El momento de culpabilidad en el Derecho privado romano", 1867), abriendo el camino para la época siguiente. El concepto del tipo lo crea Ernst Beling¹⁰ en el año 1906 en su monografía, aún célebre hoy, "Die Lehre vom Verbrechen" ("La teoría del delito"). Para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvo especial importancia el escrito del gran comentarista Reinhard Frank "Über den Aufbau des Schuldbegriffs" ("Sobre la estructura del concepto de culpabilidad", 1907). La evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad del siglo con impulsos especialmente intensos por parte de Franz v. Liszt¹² y Ernst Beling, de Max

⁸ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, '1857, 138 ss. Sobre "La teoría sistemática del Derecho penal de Albert Friedrich Berner" cfr. el epílogo de Schild en la reimposición, aparecida en 1987, de la 18.^a ed. (1898) del manual de Berner (loc. cit., 753).

⁹ 1818-1892. Obras principales: Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4 tomos, 1852-1865; Der Kampf ums Recht, 1872; Der Zweck im Recht, 2 tomos, 1877-1883.

¹⁰ 1866-1932. Grundzüge des Strafrechts, 1899, '1930.

¹¹ 1860-1934. El ensayo citado está publicado en la Festschrift der Gießener Juristenfakultät zum 300jährigen Bestehen der Universität Gießen (1907, pp. 3 ss.). Los Comentarios de Frank "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich" (1897, ¹⁸1931) fueron la obra de ese tipo más importante de su tiempo y siguen siendo aún hoy muy valiosos.

¹² Cfr. sobre v. Liszt *supra* § 3, nm. 12, y § 4, nm. 3, 5; su "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", '1881, ²⁶1932 (tras su muerte, desde ²³1921 a cargo de Eb. Schmidt) es uno de los más importantes

Ernst Mayer¹³ y Edmund Mezger¹⁴, así como de Hans Welzel¹⁵, el fundador de la teoría final de la acción (nm. 15).

2. Su asunción por el legislador

Los conceptos fundamentales del sistema del delito también han sido acó- 10 gidos ahora en la Parte general del StGB. Así se utiliza muchas veces el concepto de acción (cfr. v.gr. §§ 15, 16, 17, 20), que debe incluir hechos dolosos e imprudentes (§ 15) y también ciertamente la omisión (§ 13, pero distinto el § 9). En varios preceptos se enlaza expresamente con el término "tipo" (§§ 13, 16, 22). El legislador define también el "hecho antijurídico" en el sentido del StGB declarando que es "sólo el que realiza el tipo de una ley penal" (§ 11 I, n.º 5); con ello se quiere expresar que la antijuridicidad jurídicopenalmente relevante debe presuponer siempre la realización de un tipo. Asimismo, la distinción entre causas de justificación y de exculpación, que aún no utilizaba el antiguo StGB, ha sido legalmente plasmada en la nueva Parte general: así el § 32 dice respecto del sujeto que obra en legítima defensa, que actúa "de modo no antijurídico" (cfr. tb. § 34), mientras que p.ej. el autor que se encuentra en error de prohibición invencible, según la terminología de la ley (§ 17) actúa "sin culpabilidad" (cfr. §§ 20, 35). Por último el legislador, cuando en determinados casos según el tenor legal no justifica ni disculpa, sino que habla sólo de que el autor "no es penado" (§ 33) o queda "impune" (§ 258 VI), está aludiendo a que posiblemente aquí sólo falta "otro presupuesto de la punibilidad".

3. Etapas de la evolución histórica de la sistemática del delito

El trabajo científico-sistemático sin duda va considerablemente más allá del 11 mero planteamiento de esos conceptos básicos elementales. Además ha de fijar los presupuestos de las diversas categorías del delito en particular y precisar las relaciones que guardan entre sí; y por tanto aclara qué circunstancias son importantes desde el punto de vista de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, y cómo se comportan entre sí p.ej. acción y tipo o antijuridicidad y culpabilidad. Pero también se esfuerza por sistematizar las concretas cate-

manuales alemanes de Derecho penal y ha sido objeto de traducciones en muchas lenguas [en español: Tratado de DP, t. I-III, trad. de la 18.ª ed. alemana (I) por Q. Saldaña y de la 20.ª ed. alemana (II-III) por L. Jiménez de Asúa, y adiciones de Q. Saldaña, Madrid, Reus, 1914-17; 2.ª ed. españ. 1926-1929; 3.ª ed. españ.: sin fecha; N. del T.].

¹³ 1875-1923. Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915, ²1923.

¹⁴ 1883-1962. Obra principal: Strafrecht, '1931, ³1949 [traduce, españ.: Tratado de DP, t. MI, trad. y notas de Derecho español a la 2.ª ed. alemana por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid. Ed. Rev. Der. Privado, 1.ª ed. 1935, 2.ª ed. 1946-47, 3.ª ed. (con adiciones de A. Quintano Ripollés) 1957; N. del T.].

¹⁵ 1904-1977. Obra principal: Das Deutsche Strafrecht, 1947, "1969 [trad. españ. de la 1.ª parte: Derecho Penal alemán, PG, 12.ª ed. (sie), 3.ª ed. castellana, trad. de J. Bustos y S. Yáñez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1987; N. del T.].

gorías del delito, así como por estructurar las múltiples causas de justificación según su contexto interno o considerar las causas de exclusión de la culpabilidad bajo un único punto de referencia, que luego se puede volver a aprovechar para su interpretación. También p.ej. las clases de autoría se pueden desarrollar hasta el detalle como manifestaciones del injusto en un sistema de la teoría del autor. Todo ello será objeto de la siguiente exposición, y al respecto hay que ser consciente de que los principios de la sistematización pueden ser muy diversos y que ellos mismos constituyen a su vez un problema básico de la dogmática del Derecho penal. A continuación y de la mano de tres proyectos sistemáticos especialmente importantes, hoy ya históricos, pero que siguen influyendo en múltiples aspectos —y a los cuales posteriormente habrá que volver a referirse en profundidad constantemente—, se ilustrará lo dicho en algunas diferencias especialmente características ¹⁶.

a) El sistema clásico del delito

El sistema "clásico" del delito de Liszt y Beling, que se convirtió en dominante a principios de siglo, que todavía es influyente en muchos aspectos en el extranjero y cuyas categorías básicas siguen teniendo vigencia también en la dogmática alemana actual, se basaba en la hipótesis de que injusto y culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa y la interna del delito. En consecuencia, todos los requisitos objetivos del hecho punible pertenecían al tipo y a la antijuridicidad, mientras que la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito (el denominado concepto psicológico de culpabilidad). Por consiguiente, el dolo se consideraba desde la perspectiva de esa teoría como forma de la culpabilidad.

b) El sistema neoclásico

La decadencia de esa teoría del delito especialmente clara y sencilla fue iniciada por el sistema "neoclásico". La causa de la reestructuración del concepto de delito operada por el mismo radicó en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. Así por ejemplo, el tipo del hurto (§ 242 I) requiere algo más que la sustracción —objetiva— de una cosa mueble ajena, que en cuanto privación o desposesión temporal de la cosa (§ 2, nm. 26) es por regla general jurídicopenalmente irrelevante; sin el elemento anímico-interno del ánimo de apropiación no se puede abarcar adecuadamente el modelo del hecho del hurto y el injusto del mismo. Por eso la doctrina se vio obligada a

¹⁶ Una panorámica especialmente instructiva sobre las "fases de la formación del sistema del Derecho penal" la ofrece Schünemann, 1984, 18 ss. [= El sistema moderno del DP, 1991, 43 ss.; N. del T.].

reconocer la existencia de elementos subjetivos del injusto¹⁷. Por otra parte, también se puede perfectamente afirmar que la culpabilidad, en casos como las situaciones de estado de necesidad del actual § 35, también depende de circunstancias objetivas, y en la imprudencia inconsciente, que entonces se concebía como forma de culpabilidad, es incluso dudoso que en ella se pueda encontrar un elemento volitivo.

De ese modo, el concepto de delito denominado hoy mayoritariamente "neo- clásico", que era dominante hacia 1930 y que encontró su mejor expresión en el manual de Mezger (n. 14), pudo ciertamente mantener en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva y afirmar el dolo como forma de culpabilidad, pero tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar por ello otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad. Dicha diferencia se halló —y ello supone una evolución fundamental— en la distinta forma de valoración: Al afirmar la presencia de injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social, y al constatar la culpabilidad se lo valora desde el punto de vista de la reprochabilidad. El entendimiento de la culpabilidad como "reprochabilidad" es lo que caracteriza al denominado concepto normativo de culpabilidad, que se ha impuesto de modo general y \ solamente en los últimos tiempos está siendo sometido a modificación y ulterior desarrollo (cfr. nm. 26, 64 s.).

c) La teoría final de la acción

A un modelo nuevamente distinto del sistema del Derecho penal llega la 15 denominada teoría final de la acción, que ha marcado la discusión de la dogmática penal de las dos primeras décadas de la postguerra. Su punto de partida es un concepto de acción distinto del de las anteriores concepciones sistemáticas y mucho más rico en contenido. Para esta teoría la "esencia" de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que, mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo, es decir, lo "supradetermina de modo final". En consecuencia, sólo habrá una acción de matar si el autor pone rumbo al objetivo con conocimiento y voluntad, o sea si mata dolosamente. De ahí se deriva como consecuencia sistemática que el dolo, que en el sistema clásico e incluso en el neoclásico se había entendido como forma de culpabilidad y del que también se consideraba componente necesario la conciencia del injusto, ahora aparece en una forma reducida a la dirección causal y se considera ya como componente del tipo. Ello supone una ulterior subjetivización del injusto, y en cambio para la culpabilidad una creciente desubjetivización y normativización, por lo que en

¹⁷ Se considera como descubridores de los mismos a H. A. Fischer, 1911, y Hegler, ZStW 36 (1915), 19, 184.

esa medida el sistema finalista está diametralmente contrapuesto al clásico. La doctrina finalista —en parte preparada e influida por v. Weber¹⁸ y Graf zu Dohna¹⁹— fue fundada en lo esencial por Welzel (cfr. n. 15)²⁰. Pero también se basan en ella (con diversas variaciones) el gran manual de Maurach²¹ y la exposición de Stratenwerth²², así como numerosos escritos específicos tanto en la doctrina alemana como en la extranjera.

4. Bases histórico-intelectuales y filosóficas de la evolución del sistema clásico al finalista

La evolución de la teoría del delito en el siglo xx, que hasta aquí sólo se ha podido esbozar en sus más simples líneas básicas, pero a la que aún habrá que volver en muchas cuestiones concretas en la exposición posterior, no se ha desarrollado como una discusión meramente interna del Derecho penal, sino sobre el trasfondo de la filosofía y la historia del pensamiento²³.

Así el concepto clásico de delito, sobre todo en la decisiva caracterización que le había dado Liszt, estaba sustancialmente influido por el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo xrx, que quería someter a las ciencias del espíritu el ideal de exactitud de las ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema del Derecho penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Dichos criterios sólo pueden ser, o bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquico-internos, por lo que desde ese punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema del Derecho penal entre elementos objetivos y subjetivos.

En cambio, el sistema neoclásico estaba basado predominantemente en la filosofía de los valores neokantiana, muy influyente en las primeras décadas de nuestro siglo (Windelband, Rickert, Lask), y que, apartándose del naturalismo, quiso devolverles un fundamento autónomo a las ciencias del espíritu,

¹⁸ v. Weber, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935.

¹⁹ zu Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1936, ⁴1950.

²⁰ Una introducción constituye su escrito "Das neue Bild des Strafrechtssystems", ⁴1961 [versión españ.: *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. de J. Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964; N. del T.].

²¹ Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, '1954, ⁴1971, y desde ⁵1977/78 bajo el título "Strafrecht, Allgemeiner Teil", en dos volúmenes a cargo de Zipf y Gössel [versiones en españ.: *Maurach, Tratado de Derecho penal, t. I-II*, trad. de la 1.^a ed. alemana y *Notas de DP español* por J. Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962; *Maurach/Zipf y Maurach/Gössel/Zipf, Derecho Penal, Parte General, I.1 y II*, trad. de la 7.^a ed. alemana por J. Bofill y E. Aimone, Buenos Aires, Astrea, ¡994/95; N. del T.].

²² Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, '1971, ³1981 [versión españ.: *Derecho Penal, Parte General, I: El hecho punible*, trad. de la 2.^a ed. por G. Romero, Madrid, Edersa, 1982; N. del T.].

²³ De modo instructivo al respecto: Welzel, 1935; Schünemann, 1984, 18 ss. [= *El sistema moderno del DP*, 1991, 43 ss.; N. del T.].

considerando que su peculiaridad consiste en que se debe referir la realidad a determinados valores supremos en los que se basan las respectivas disciplinas, configurarla y delimitarla mediante los mismos y sistematizarla desde el punto de vista de dichos valores. Partiendo de esa perspectiva es consecuente interpretar el injusto y la culpabilidad desde los criterios valorativos de la dañosidad o nocividad social y de la reprochabilidad, como también ocurre hasta hoy de modo importante a efectos prácticos en la mayoría de los proyectos sistemáticos.

Frente a esto, la teoría final de la acción se basa filosóficamente en teorías 19 ontológico-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre ²⁴. Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador,— de estructuras (denominadas por Welzel) lógico-reales (o lógico-objetivas), sistema que en opinión de sus defensores también le debe proporcionar a la dogmática jurídicopenal perspectivas permanentes e incommovibles.

5. La síntesis neoclásico-finalista de la teoría del delito actualmente dominante

La opinión todavía predominante en la dogmática reciente se mueve con 20 sus proyectos sistemáticos dentro del marco prefigurado por el sistema neoclásico y el finalista. Las modernas exposiciones doctrinales, en algunas ocasiones (pero cada vez más infrecuentes) enlazan aún con la estructura del delito de la concepción neoclásica (Bauman/Weber²⁵), y parcialmente siguen también la teoría final de la acción (Welzel, Maurach/Zipf, Stratenwerth²⁶). Pero la mayoría de los autores se esfuerzan por lograr una síntesis "entre los nuevos impulsos que debemos al finalismo, y ciertas conclusiones irrenunciables de la anterior fase de desarrollo de nuestra ciencia, determinada por el pensamiento valorativo y teleológico" ²⁷, o sea, la teoría neoclásica del delito ²⁸.

²⁴ Sobre los presupuestos filosóficos de su teoría se pronuncia en detalle el propio Welzel en el prólogo a la 4.^a ed. (1961) de "Das neue Bild des Strafrechtssystems", pp. DC-XII [= El nuevo sistema del Derecho penal, trad. Cerezo, 1964, 11-16; N. del T.].

²⁵ Baumann/Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, ⁹1985 (cfr. espec. su § 15).

²⁶ Cfr. n. 15, 21 y 22.

²⁷ Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 ss. (47) [= La teoría del delito en su momento actual, trad. de J. Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959, 64; N. del T.]; este ensayo constituye un escrito influyente y representativo del estado de la discusión en la época de la postguerra.

²⁸ En cambio, Schünemann, 1984, 46, n. 98 [= El sistema moderno del DP, 1991, 63, n. 98; N. del T.], opina que "el sistema dominante en la actualidad... debe todos sus contenidos esenciales al finalismo", por lo que no tiene por qué ser "tratado temáticamente como un período autónomo del pensamiento sistemático del Derecho penal".

Esta síntesis se caracteriza en la mayoría de los casos por rechazar la teoría final de la acción como teoría de la acción, pero asumiendo su consecuencia sistemática más importante, o sea el traslado del dolo al tipo subjetivo²⁹. A ese respecto, el rechazo del concepto de acción finalista se fundamenta mayoritaria-mente en que una concepción ontológica de la acción no puede ser vinculante para un sistema de Derecho penal fundado en decisiones valorativas, y en que la definición de la acción como el control de cursos causales dirigido a un determinado objetivo no se ajusta bien a los hechos imprudentes y a los delitos omisivos. La inclusión del dolo en el tipo subjetivo se fundamenta independientemente del concepto de acción con diversos argumentos, pero sobre todo con el de que el sentido social de las acciones típicas muchas veces no se puede comprender en absoluto prescindiendo del dolo; así p.ej. la simulación de hechos falsos en la estafa (§ 263) o la falsificación de un documento (§ 267) presuponen sin más el dolo del autor. Pero junto a esto, algunos de los autores citados consideran también al dolo simultáneamente como forma de culpabilidad.

Sobre la base de la síntesis neoclásico-finalista se puede distinguir entre injusto y culpabilidad sosteniendo que el injusto caracteriza el desvalor de la acción (y en su caso del resultado), y en cambio la culpabilidad el "desvalor de la actitud interna" (Gallas, Jescheck, Wessels) o el "poder evitar (y consiguiente responsabilidad)" * del autor respecto de la realización antijurídica del

²⁹ En ese sentido (con diferencias en detalles concretos), de la bibliografía de comentarios y manuales: Blei, AT¹⁸; Bockelmann/Volk, AT⁴; Dreher/Tröndle⁴⁶; Eser/Burkhardt, StrafR I⁴ [= DP. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias, trad. de S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá, supervisada por E. Bacigalupo, Madrid, Colex, 1995; N. del T.]; Jescheck, AT⁴ [versiones españ.: Tratado de DP, PG, trad. de la 3.ª ed. y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981; trad. de la 4.ª ed. por J. L. Manzanera Samaniego, Granada, Comares, 1993; N. del T.]; LK¹¹-Jescheck, antes del § 13; Lackner²⁰; Otto, AT⁴; Preise-danz³⁰; Sch/Sch/Lenckner²⁴; Wessels, AT²³.

* La expresión del texto "*das 'Dafürkönnen'*", aquí traducida como "el 'poder evitar(Qo) (y consiguiente responsabilidad)'" , literalmente significa "poder respecto de ello (de algo)", lo que no suena nada bien en castellano, por lo que en lenguaje usual se traduce como "tener la culpa (o ser culpable, o responsable) de algo", siendo más frecuente la formulación negativa: "*ich kann nichts dafür*" = "yo no tengo la culpa (o no soy culpable, responsable) de eso" (literalmente: yo no puedo —he podido— hacer nada al respecto). Pero cuando se expone que para un sector el fundamento o base de la culpabilidad es el "*Dafürkönnen*" (o "*dafür können*") del autor, naturalmente no se puede traducir esa expresión con la versión vulgar de "tener la culpa o ser culpable el autor", porque sería una tautología; y traducirlo por la variante más culta de "ser responsable el autor" aclararía poco. Aparte de que no hay que olvidar que la estructura lingüística en alemán, que lleva a la idea de ser culpable o responsable, es el poder ("*können*") del sujeto respecto de lo ocurrido ("*dafür*"), es decir, poder hacerlo, pero también poder hacer o lograr que no hubiera ocurrido. Ello emparenta esa expresión con otra que también utiliza la doctrina en sentido equivalente para designar el fundamento material de la culpabilidad: el "poder actuar de otro modo" ("*^anders handeln können*" o "*das Andershandelnkönnen*"), que es otra forma de designar la libertad de voluntad o libre albedrío. Por todo ello, para indicar que el 'tener la culpa, o ser culpable o responsable' de la versión de aquella expresión en el lenguaje corriente es consecuencia del poder del sujeto para evitar cometer el hecho típico y antijurídico, se ha optado por la fórmula "poder evitar (y consiguiente responsabilidad)".

Sobre la utilización doctrinal de estos conceptos cfr. para más detalles *infra* § 19, nm. 18 ss. [N. del T.].

tipo. El entendimiento material, procedente del sistema neoclásico, del injusto como dañosidad (o nocividad) social y de la culpabilidad como reprochabilidad, que tampoco contradice al sistema finalista, se mantiene en las teorías modernas del delito. Y frecuentemente también se explica la diferencia entre injusto y culpabilidad afirmando que el injusto expresa un juicio de desvalor sobre el hecho, y en cambio la culpabilidad, un juicio de desvalor sobre el autor.

6. El sistema racional-final o ideológico (funcional) del Derecho penal

Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de 23 desarrollar un sistema "racional-final (o teleológico)" o "funcional" del Derecho penal³⁰. Los defensores de esta orientación están de acuerdo —con muchas diferencias en lo demás— en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal.

Sobre esa base, en este libro³¹ se intenta elaborar y desarrollar y hacer 24 avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neo-hegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Aquí no es posible anticipar todo lo que de ahí se deriva en concreto para la dogmática y sistemática del Derecho penal, pero se ilustrará a propósito de la función de las categorías sistemáticas básicas en un primer esbozo ya en este párrafo (nm. 53 ss.). Aquí basta con aludir a dos piezas centrales de esta concepción, especialmente importantes por sus consecuencias prácticas, y que en parte se han impuesto ya, pero en parte son objeto de una polémica especialmente viva.

³⁰ La primera exposición sintética la ofrece Schünemann, 1984, 45 ss. [= El sistema moderno del DP, 1991, 63 ss.; N. del T.], que es a su vez uno de los partidarios de esa orientación; desarrollándola, idem, Rud. Schmitt-FS, 1992, 117. En cambio, rechazando desde la perspectiva del finalismo or todox todos los nuevos intentos, Hirsch, Köln-FS, 1988, 399 ss., que opina "que a la reestructuración del sistema producida por Welzel no le han seguido nuevas concepciones dogmáticas con vincentes de naturaleza fundamental" (p. 420); similar idem, 1989, 65; 1993, 35, 49 ss. (en contra Roxin, 1989, 205 s.).

³¹ De modo programático mi concepción se esboza por primera vez en: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, ²1973 [= Política criminal y sistema del DP, trad. e introd. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972; N. del T.]. Ese punto de partida ha sido desarrollado y terminado de estructurar en los grandes ensayos de Schünemann, 1984, 45 ss. [= El sistema moderno del DP, 1991, 63 ss.; N. del T.]; idem, Rud. Schmitt-FS, 1992, 117; Wolter, 140 Jahre GA, 1993, 269.

La primera es la teoría de la imputación al tipo objetivo. Mientras que el tipo objetivo —que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo, y al que los proyectos neoclásicos le añadieron sólo los elementos subjetivos del tipo y el finalismo le añadió el dolo— para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado (como los §§ 212, 223, 230 o 303) quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la "realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma", sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas (para más detalles *infra* § 11). Las bases teóricas para ello fueron sentadas ya hacia 1930 por el neokantismo y neohegelianismo³²; pero el desarrollo dogmático de esas ideas se quedó entonces en un estado rudimentario y volvió a caer pronto en el olvido.

Una segunda innovación central del sistema racional-final o teleológico en la forma aquí defendida lo constituye la ampliación de la "culpabilidad" a la categoría de la "responsabilidad", en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal (cfr. tb. *infra* nm. 64 s., y más detalladamente en § 19, nm. 1 ss.), de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la "responsabilidad" personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena. Esa ensambladura de la categoría tradicional de la culpabilidad con las finalidades preventivas, importante para numerosas cuestiones interpretativas, es el correlato dogmático de la teoría de los fines de la pena aquí desarrollada (*supra* § 3, nm. 36 ss.), en la que asimismo la culpabilidad y la necesidad preventiva se presentan como condiciones ciertamente necesarias, pero por sí solas no suficientes, de la pena.

Los intentos de lograr una fundamentación racional-final (o teleológica) del sistema del Derecho penal han conducido en el caso de otros autores a proyectos parcialmente similares y parcialmente divergentes. Jakobs, en su muy prestigioso manual³³, vuelve del revés la concepción de su maestro Welzel, al

³² Mi artículo "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht" (Honig-FS, 1970, 133 ss. = Grundlagenprobleme, 123 ss.) [= "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el DP", Problemas básicos, 1976, 128 ss.; N. del T.], que pertenece a los primeros intentos de resucitar esa teoría, se remonta expresamente a trabajos previos del neokantiano Honig y del neohegeliano Larenz (loe. cit., 133 ss. y 123 ss., respectivamente) [= Problemas básicos, 1976, 140 ss. y 128 ss.; N. del T.]. Castaldo, 1992, 4 ss., enlaza las fases de la evolución de la sistemática del delito con la dogmática de la imprudencia y deriva la imputación objetiva del sistema racional-final del Derecho penal.

³³ Jakobs, Strafrecht -Allgemeiner Teil, ²1991 [= Derecho Penal, Parte General, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, M. Pons, 1995; N. del T.]. Sus ideas básicas esenciales por primera vez en "Schuld und Prävention", 1976. Últimamente, desarrollándolas y defendiéndolas frente a ataques críticos, idem, ZStW 101 (1989), 516.

partir de la base de que conceptos como causalidad, poder, acción, etc., no tienen un contenido prejurídico para el Derecho penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica³⁴. Metodológicamente, la especial originalidad de su concepción sistemática estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídicopenal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales (sobre todo de Luhmann). Y la peculiaridad más discutida del contenido de su teoría del delito consiste en que para él, en concordancia con su teoría del fin de la pena (sobre ella § 3, n. 23, nm. 26 s.), la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la "adscribe" conforme al criterio de lo que es necesario para el "ejercitamiento en la fidelidad al Derecho", sin tomar en consideración las capacidades del autor.

También mantiene una teoría muy independiente y peculiar del hecho pu- 28 nible Schmidhäuser³⁵, que ya antes había abogado por investigar "los elementos del hecho punible atendiendo de antemano a la pena como consecuencia jurídica" ³⁶. Este autor desarrolla un sistema con una continua orientación teleológica, en el que los conceptos centrales son el injusto y la culpabilidad, mientras que el concepto de acción queda en un total segundo plano. El injusto se concibe como "conducta voluntaria lesiva para un bien jurídico", y la culpabilidad como "conducta mental (espiritual) lesiva para un bien jurídico", o sea como "actitud interna injusta". Hasta ahí aún se mantiene dentro de la opinión dominante. Pero la peculiaridad destacable de la concepción de Schmidhäuser estriba en que descompone el dolo atribuyendo sus componentes volitivos al injusto, y en cambio sus momentos intelectivos (entre los que incluye tanto la conciencia del hecho como la del injusto), a la culpabilidad. Con ello está más próximo al sistema neoclásico que la doctrina hoy dominante, pero de ese modo llega también a conclusiones novedosas en algunos problemas concretos.

La influencia de la dogmática teleológica y "funcional" va en aumento. Entre 29 los autores de las grandes exposiciones doctrinales hay que incluir en esta dirección a Rudolphi³⁷, que está próximo a la concepción aquí sustentada; y

³⁴ Con razón califica Schünemann, 1984, 54 [= El sistema moderno del DP, 1991, 70; N. del T.], a esta postura como "un sorprendente renacimiento de la teoría de la formación de conceptos del neokantiano Lask, que Welzel había combatido tan vehementemente y con éxito durante casi cinco décadas".

³⁵ En su tratado (Lehrbuch) "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 1970, ²1975; tb. en su curso (Studienbuch) "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 1982, ²1984. Para más detalles sobre la concepción de Schmidhäuser, Roxin, ZStW 83 (1971), 369 ss. De la "Dogmática del Derecho penal como ciencia" ("Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft") se ocupa, con especial atención a las teorías de Schmidhäuser, su discípulo Langer, GA 1990, 435.

³⁶ Schmidhäuser, Radbruch-GS, 1968, 276.

³⁷ Cfr. solamente su Introducción a la obra, coeditada por él, "Systematischer Kommentar" zum StGB, AT, 5.^a ed. (noviembre 1990), antes del § 1.

también hay importantes monografías que demuestran lo fructífero que es dicho punto de partida³⁸. Sin embargo aún no se ha impuesto un sistema global elaborado sobre esa base, lo que entre otras cosas se debe a que los esfuerzos sistemáticos teleológicos (racional-finales) se encuentran aún en fase de desarrollo. Por lo demás tampoco hay que sobrevalorar la divergencia de los recientes sistemas del Derecho penal, cuyos defensores frecuentemente han luchado científicamente entre sí como representantes de "escuelas" contrarias; pues, sin perjuicio de todos los distintos giros dialécticos, todos los sistemas están en una misma línea de evolución continuada: Las categorías básicas, pese a todas las variaciones en su contenido, han permanecido como tales desde el naturalismo hasta hoy; y cada "fase (o época) sistemática" prosigue y hace avanzar los esfuerzos que la han precedido. Ahí radica la razón más profunda para que haya que conocer la evolución del pensamiento sistemático desde el cambio de siglo si se quiere entender el estado actual de la discusión. Ahora bien, otra cuestión distinta es la de si se les debe dar o no a los problemas sistemáticos y a la pugna en torno al sistema "correcto" la importancia que tradicionalmente se les ha atribuido en la ciencia penal alemana, cuestión de la que nos vamos a ocupar a continuación.

IV. Rendimiento y límites de la sistemática tradicional del Derecho penal; pensamiento sistemático y problemático en la dogmática del Derecho penal

30 Quien se acerca como estudiante o como profano al Derecho penal, a menudo se queda perplejo en cierta medida ante la multitud de intentos de sistematizar el Derecho penal y se pregunta por qué se les concede tanto espacio en la discusión científica. No es infrecuente encontrarse con la opinión de que éstos son problemas de carácter puramente académico, que el práctico del Derecho puede tranquilamente dejar de lado. Sólo es posible hacer frente a esas dudas de principio y conseguir tener un punto de vista propio para juzgar las principales cuestiones dogmático-sistemáticas, si uno se representa antes con la mayor claridad y referencia al caso que sea posible las ventajas e inconvenientes del pensamiento sistemático en Derecho penal, en vez de aceptar incuestionadamente, como frecuentemente ocurre, el sistema del Derecho penal precisamente en su forma de manifestación histórica dominante. Por eso la problematización que se efectúa a continuación tiene la finalidad de ir preparando la concepción que en sus líneas básicas se desarrollará después, ponderando los pros y los contras.

³⁸ Cabe citar a: Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981; Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983; idem, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, 1988.

1. Ventajas del pensamiento sistemático

El penalista español Gimbernat Ordeig ha descrito así, con una impresionante referencia a la situación en países con un sistema jurídico menos desarrollado, de modo sintético las ventajas del pensamiento dogmático³⁹: "La dogmática jurídicopenal, al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho penal, y lo sustrae a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisibles serán las decisiones de los tribunales..." E invoca el peligro de que la decisión jurídica del caso se convierta en una "cuestión de lotería": "Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, tanto más crece esa lotería, hasta llegar a una situación de aplicación caótica y sin rumbo de un Derecho penal..." A ese respecto invoca también una afirmación mía⁴⁰, que *ex negativo* pretende por contraste presentar bajo una luz favorable las ventajas del pensamiento sistemático-conceptual: "Donde están en juego pasiones humanas —y en qué proceso penal no ocurre así—, la fuente más turbia del conocimiento es un sentimiento jurídico no articulable conceptualmente." Estas tesis algo enfáticas, pero tendencialmente certeras, se pueden descomponer desde los puntos de vista que se expondrán a continuación e incluso completar con otras funciones del pensamiento sistemático.

a) Facilitar el examen del caso

La reunión y estructuración de todos los presupuestos de la punibilidad en un sistema dogmático tiene en primer lugar la ventaja práctica de la simplificación y dirección del examen del caso. El estudiante que tenga que realizar un dictamen sobre la punibilidad de una conducta, pero también el abogado o el juez, para valorar jurídicopenalmente los supuestos de hecho que se les sometan, procederán siguiendo el orden que está previamente marcado por la estructura del delito. Es decir, si concurre una acción, se examinará primero la tipicidad y luego la antijuridicidad, culpabilidad y los demás presupuestos de la punibilidad. Esta estructuración en determinados pasos de razonamiento ordenados en una sucesión lógica garantiza en primer lugar que todas las cuestiones importantes para juzgar la punibilidad también se examinen realmente; en cambio, si lo que se hiciera fuera un "hurgar aquí y allá", de modo no estructurado sistemáticamente y sin orden ni concierto, en la problemática jurídica del caso, existiría el peligro de pasar por alto aspectos decisivos y de tomar decisiones incorrectas. Además un esquema sistemático del examen del caso es útil para la economía del razonamiento: si p.ej. resulta que no se ha

³⁹ Gimbernat Ordeig, ZStW 82 (1970), 405 s. [= Problemas actuales de DP y procesal, Salamanca, 1971, 106; N. del T.]; dándole vehementemente la razón Welzel, Maurach-FS, 1972, 5.

⁴⁰ Roxin, Täterschaft, ²1967, 626.

realizado ningún tipo, ya no hace falta para nada examinar la antijuridicidad y la culpabilidad; y si concurre una causa de justificación, puede prescindirse de antemano de la investigación (a veces difícil y que lleva mucho tiempo) de las causas de exclusión de la culpabilidad.

b) El orden del sistema como presupuesto de una aplicación uniforme y diferenciada del Derecho

Pero aun prescindiendo de la facilitación del trabajo en la práctica, sólo el sistema hace posible una ordenación de la materia jurídica diferenciando adecuadamente según el objeto. Así por ejemplo, de la clasificación sistemática de las conductas típicas impunes en causas de justificación y de exculpación, que no es conocida en absoluto en todos los ordenamientos jurídicos, se deriva una distinción conforme a criterios valorativos unitarios del inabarcable número de supuestos de "actuación en caso de necesidad"; en cambio, corí un enjuiciamiento asistemático del caso concreto los resultados serían inseguros y oscilantes. Así, si alguien es agredido por un atracador, puede actuar en legítima defensa (§ 32) y estará justificado incluso aunque en caso necesario tenga que matar de un disparo en su defensa al agresor. Pero si al hacerlo alcanza a un tercero ajeno a la agresión, ya no estará justificado en cuanto a ese resultado, sino que habrá actuado antijurídicamente y sólo estará exculpado si se cumplen los requisitos del § 35 [estado de necesidad disculpante]. Ello significa que, a diferencia del agresor, el tercero puede actuar en legítima defensa contra la actuación del agredido, que frente a él supone una agresión ilegítima (aunque disculpada), y en tal defensa también puede lesionarle justificadamente. Por tanto, la ordenación sistemática distinguiendo causas de justificación y de exculpación hace posible un buen número de afirmaciones materiales, con decisiones polítocriminalmente satisfactorias y que tienen en cuenta la diversidad de los respectivos intereses. Si no tuviéramos el sistema, cada concreta situación de necesidad imaginable precisaría una regulación especial en cuanto a sus presupuestos y consecuencias jurídicas. Ello requeriría numerosos preceptos y daría lugar a una enorme masa de artículos [parágrafos en el sistema alemán] tan inabarcable como también desequilibrada y llena de lagunas al faltar un principio sistemático rector. El orden del sistema contribuye esencialmente por tanto, como muestra ya este solo ejemplo, a la uniformidad y racionalidad de la aplicación del Derecho.

c) Simplificación y mejor manejabilidad del Derecho

Ya con lo anterior queda claro que el razonamiento en el sistema supone además una simplificación sustancial de la aplicación del Derecho, que descarga al juez (y correlativamente al estudiante) del trabajo de orientación que sería preciso si la amplia materia jurídica se descompusiera en un gigantesco número de preceptos concretos no ordenados sistemáticamente o si se tuviera

incluso que buscar las soluciones de los problemas extrayéndolas de una masa de resoluciones prejudiciales de los tribunales dictadas en casos análogos. Y esto rige con carácter totalmente general. Así p.ej. la imposición de medidas de seguridad se vincula siempre en los §§ 63 ss. al presupuesto de que haya un "hecho antijurídico", que a su vez se define en el § 11 I n.º 5 de una vez por todas como hecho típicamente antijurídico; de ello se sigue simultáneamente *a contrario* que en ese contexto no importa la culpabilidad del sujeto. Si los presupuestos de las medidas de seguridad tuvieran que ser descritos individualmente en cada caso sin ordenación sistemática y con independencia de las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ello implicaría extraordinarias complicaciones para la aplicación del Derecho.

d) El contexto sistemático como guía para la elaboración y desarrollo del Derecho

Por último, la sistematización de la materia jurídica, al permitir penetrar en el contexto interno de las diversas normas jurídicas y en su fundamento teleológico, hace posible incluso una elaboración creadora y de desarrollo del Derecho. Un conocido ejemplo histórico de ello es el desarrollo del antiguamente llamado estado de necesidad supralegal como una nueva causa de justificación. Si uno se pregunta qué es lo común a todas las causas de justificación pese a todas sus diferencias en lo particular, se puede comprobar que las mismas tienen por objeto respectivamente la solución de un conflicto de intereses entre dos personas. Echando mano de dos conocidas causas de justificación del Derecho civil, así p.ej. el § 228 BGB regula el conflicto de intereses entre el propietario de una cosa (o de un animal) peligrosa y el atacado, y el § 904 BGB la pugna entre las necesidades de un sujeto que se esfuerza por salvar sus intereses del peligro y las de un propietario ajeno a ello, cuya cosa es utilizada o dañada en la acción salvadora. Estos conflictos y otros regulados mediante la creación de causas de justificación son solucionados siempre por el legislador justificando la acción que en una ponderación del perjuicio y beneficio social implica la ventaja mayor. De ahí cabe deducir que la base común en su contenido de la conducta antijurídica, o sea la llamada antijuridicidad material, consiste en la dañosidad o nocividad social de una conducta, y que ha de estar justificada una solución del conflicto cuyo beneficio social tenga más peso que el perjuicio. Ello dio lugar al desarrollo de una teoría de la ponderación de bienes y deberes como principio sistemático rector de las causas de justificación, que finalmente fue acogida por el RG en una sentencia que causó sensación ⁴¹: "En situaciones de la vida, en las que una acción que encaja... en el tipo externo es el único medio de proteger un bien jurídico o de cumplir un deber impuesto o reconocido por el Derecho,

⁴¹ RGSt 61, 242 (254), de 11-3-1927.

la cuestión de si la acción es conforme a Derecho o no prohibida o antijurídica debe resolverse acudiendo a la proporción valorativa, que se desprende del Derecho vigente, entre los bienes jurídicos o deberes en pugna". De ese modo, mucho antes de la regulación legal del año 1975 resultó posible justificar la interrupción del embarazo por indicación médica (§ 218 a I, n.ºs 1 y 2), en la que coliden entre sí la vida y salud de la embarazada y la vida del feto, invocando el superior valor de la vida materna. De lo contrario se habría tenido que castigar por aborto (§ 218) a los médicos, ya que según el Derecho entonces vigente no se disponía de una causa de justificación o de exculpación escrita. El estado de necesidad "supralegal" justificante fue luego rápidamente extendido por la jurisprudencia a todos los ámbitos de la vida y ha sido acogido de forma más precisa como § 34 en la nueva Parte general del StGB vigente desde el 1-1-1975. De ese modo, el trabajo específicamente sistemático de ordenar los conocimientos bajo una idea rectora ha contribuido decisivamente al desarrollo del Derecho en ese campo.

2. Peligros del pensamiento sistemático

Ahora bien, pese a las ventajas descritas la interpretación del Derecho en el marco de un sistema que abarque toda la materia jurídica no es un procedimiento en sí mismo evidente ni necesariamente satisfactorio en todos los casos. Constantemente vuelve a surgir la idea de que el sistema puede dar lugar a violentar la materia jurídica y que por ello el método de decisión más adecuado para la ciencia del Derecho es la discusión de problemas referida al caso concreto. Por eso es necesario tener claras las dificultades a que también puede dar lugar pese a todo el pensamiento sistemático.

a) Olvido de la justicia en el caso concreto

Así en primer lugar, por el hecho de obtener la solución de problemas jurídicos de deducciones del contexto sistemático puede suceder que padezca la justicia en el respectivo caso concreto. Tomemos el ejemplo tan discutido del error de prohibición, o sea el supuesto de que un sujeto no sea consciente de la antijuridicidad de su actuación. Hacia 1930 era dominante en la ciencia la denominada teoría del dolo, según la cual el dolo presupone conocer y querer las circunstancias del hecho y además la conciencia del injusto; ese "*dolus malus*" era considerado como forma de culpabilidad (perteneciente a la parte interna del hecho) (cfr. nm. 13 s.). Por consiguiente, quien erróneamente considerara permitida su conducta objetivamente prohibida, según esa concepción no habría podido ser castigado por un hecho doloso sino a lo sumo por uno imprudente, pero por falta de incriminación de la comisión imprudente por regla general habría quedado impune incluso en caso de error de prohibición vencible.

Frente a esto la teoría final de la acción, partiendo de las bases de su 38 sistema, ha desarrollado la denominada teoría de la culpabilidad, que llega a un resultado totalmente distinto. Dado que para ella, debido a la estructura óptica de la acción humana, la actuación dolosa consiste tan sólo en que el autor controla con conocimiento y voluntad el curso causal hacia el resultado típico (cfr. nm. 15), la conciencia de la antijuridicidad, que no tiene nada que ver con la finalidad, no puede ser un presupuesto del dolo. Al contrario, el dolo como parte subjetiva del tipo sólo comprende la finalidad en el sentido descrito, mientras que la falta de conciencia del injusto, si es inevitable, excluye únicamente la culpabilidad. Por consiguiente, quien no se dé cuenta de que su comportamiento está prohibido, actúa pese a ello dolosamente y, si su error era vencible, será penalmente responsable de un hecho doloso culpable. Y por tanto, aunque se acepte una atenuación de la culpabilidad, la pena debe tomarse siempre del marco penal del delito doloso, mientras que la teoría del dolo en el mismo caso llega a la absolucón o a lo sumo a una pena por imprudencia.

Esta "teoría de la culpabilidad" se ha impuesto mayoritariamente en la 39 discusión científica de las últimas décadas y el legislador la ha convertido en la base de su teoría del error en el nuevo § 17. Y también conduce en muchos casos a soluciones justas. Si p.ej. alguien maltrata gravemente a sus hijos (§ 223 b) o explota a otros con una desvergonzada usura (§ 302 a), parece absolutamente adecuado que la apelación del sujeto a que no conocía la prohibición no cambie para nada su punición por hecho doloso. En cambio, en caso de preceptos penales menos conocidos, pertenecientes a menudo al Derecho penal accesorio y con un fundamento éticosocial menos patente, ya no es sin más evidente que un sujeto que no era consciente del injusto, por la mera evitabilidad de su error tenga que ser castigado conforme al § 17 como criminal doloso. Dicho sujeto puede no haberse informado suficientemente y haber sido descuidado, pero es insatisfactorio que se le equipare en la valoración dogmática a aquel que ha infringido conscientemente la ley. Por tanto la deducción desde el sistema (aquí: la teoría finalista) puede llevar a resultados que en el caso concreto no parezcan justos ni adecuados; si se enjuiciara la conducta del autor según su situación individual y sin encuadrarla dentro de los contextos sistemáticos, se llegaría fácilmente a una solución más adecuada a la realidad (para más detalles sobre la problemática del error de prohibición, *infra* § 21).

b) Reducción de las posibilidades de resolver el problema

Una dificultad ulterior de la dogmática vinculada al sistema consiste en que 40 el punto de partida sistemático ciertamente simplifica y facilita la aplicación del Derecho (cfr. nm. 32, 34), pero al mismo tiempo reduce las posibilidades de resolver el problema y de ese modo puede impedir la visión de concepciones

mejores. Ello se puede ilustrar muy bien con el ejemplo de la delimitación entre autoría y participación, tal como se expone según el sistema "clásico" (nm. 12, 17) basado en el naturalismo en las ciencias del espíritu (nm. 17). Si se parte de la base de que todas las circunstancias objetivas pertenecen al injusto y son reconducibles al principio de la modificación causal del mundo externo, en tal caso no se puede señalar ninguna diferencia objetiva entre autoría, inducción y complicidad (§§ 25, 26 y 27), pues las tres formas de intervención son igualmente causales respecto del resultado. Y entonces se está forzosamente obligado a buscar la delimitación en la parte subjetiva del hecho; como en efecto hizo desde el principio el Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich), que con independencia del peso objetivo de la aportación al hecho consideraba caracterizada la autoría por la "voluntad de autor", y la participación por la "voluntad de partícipe" del interviniente. Esta teoría, denominada teoría subjetiva de la participación, que es dominante en la jurisprudencia (aunque con atenuaciones sustanciales) hasta hoy, está por tanto situada absolutamente dentro de la lógica del punto de partida sistemático expuesto. En cambio, la posibilidad de delimitar autoría y participación por el peso objetivo de las aportaciones al hecho y erigir p.ej. la "dominación" del curso del acontecimiento en criterio de distinción entre autoría y participación, como actualmente hace la teoría absolutamente preponderante en la doctrina científica, es algo que está vedado de antemano desde el punto de partida conceptual de dicha concepción sistemática. Y sin embargo tal posibilidad es mucho más lógica conforme al tenor y sentido de la ley, mientras que la "voluntad de autor" es un elemento sin contenido de realidad psicológica y por eso ha provocado una considerable inseguridad jurídica en la praxis⁴².

c) Deducciones sistemáticas no legitimables políticocriminalmente

41 A menudo se puede comprobar también que una conclusión deducida del sistema es ya insatisfactoria porque el problema políticocriminal de una determinada constelación de casos no es abarcado en absoluto por el contexto deductivo formado partiendo de otros puntos de vista. Como ejemplo puede servir el caso del error sobre el dolo del autor: A le da a B una pistola cargada con gases lacrimógenos incitándole a dispararle a C a las piernas; al hacerlo, A da por supuesto que B sabe que la pistola está cargada, pero B no lo nota y dispara solamente de broma a C, que sufre lesiones (§ 223 a) por ello. Aquí está claro que B, dado que ha actuado sin dolo, a lo sumo podrá ser castigado por lesiones imprudentes (§ 230). Pero en cuanto a la responsabilidad penal de A se plantea el problema de si se puede castigar a alguien por inducción a unas lesiones dolosas con arma (§ 223 a), aunque el sujeto únicamente se

⁴² Cfr. sobre la problemática en su conjunto Roxin, Tatherrschaft, ⁵1989, así como AT II, § 25, nm. 10.

haya representado erróneamente el dolo del autor ejecutante. Para los partidarios del sistema clásico y del neoclásico y para la jurisprudencia antigua (BGHSt 4, 355; 5, 47) esto era fácil de fundamentar: en efecto, como según los §§ 48 y 49 del antiguo StGB la participación sólo suponía un hecho principal típicamente antijurídico, pero no culpable y el dolo se consideraba como elemento integrante de la culpabilidad (nm. 12-14), se podía castigar sin más por inducción al § 223 a aunque faltara el dolo en el autor.

Pero del sistema finalista se dedujo una solución distinta. Dado que según 42 esa concepción el dolo pertenece al tipo (nm. 15), en nuestro caso falta el hecho principal típicamente antijurídico requerido por la ley como presupuesto de cualquier participación. Por tanto se excluye la participación y A debe quedar impune, ya que tampoco es posible castigarle por lesiones en autoría mediata (§ 25 I: comisión "a través de otro") o por inducción intentada (§ 30 I). Esta concepción finalista se ha impuesto desde 1956 en la jurisprudencia (BGHSt 9, 370) y también ha sido acogida por el legislador de la nueva Parte general, que ahora exige expresamente en los §§ 26 y 27 para la inducción y la cooperación que se haya cometido un hecho principal doloso. En muchos casos ello garantiza resultados con pleno sentido: pues si el sujeto de atrás (en nuestro caso: A) sabe que la persona incitada por él (aquí: B) actúa de modo no doloso, no será inductor a un delito del § 223 a, sino que él mismo será castigado como autor (mediato) de unas lesiones peligrosas.

Pero como mínimo en el grupo de casos de suposición errónea del dolo del 43 autor, elegido aquí como ejemplo, la impunidad de A, que ahora hay que aceptar conforme al Derecho vigente, nos lleva a un resultado equivocado políticocriminalmente. En efecto, si como A suponía B hubiera sabido que la pistola estaba cargada, A sería indudablemente castigado como inductor. Pero si B, sin que A se diera cuenta de ello, ni siquiera tenía la menor idea, la responsabilidad objetiva de A por el curso del acontecimiento es aún mayor, y desde una perspectiva desvinculada del sistema no es convincente que el peso objetivamente mayor de la intervención junto con una idéntica disposición subjetiva de repente deba dar lugar a la absolucón. Entre las razones de ese resultado indiscutiblemente desafortunado se encuentran ya los puntos de vista expuestos en a) y b). Pero la causa principal, sin duda estrechamente vinculada a aquéllas, estriba en que las dos premisas, cuya conjunción provoca la solución incorrecta (o sea, la ubicación del dolo en el tipo y la exigencia de una acción típicamente antijurídica como presupuesto de la participación), han sido elegidas cada una por sí misma y por razones que no tienen lo más mínimo que ver con el grupo de casos del error sobre el dolo del autor, por lo que tampoco pueden ofrecer una solución plausible para el mismo. Por tanto, frecuentemente se deducen del sistema más soluciones de lo que pueden soportar sus premisas, con lo que entonces ya está prefigurada la inidoneidad políticocriminal de las conclusiones.

d) El empleo de conceptos demasiado abstractos

44 Un último peligro del pensamiento sistemático consiste en que, al intentar ordenar transparentemente todos los fenómenos de la vida bajo unos pocos puntos de vista rectores, por elegir conceptos demasiado abstractos se olviden y se violenten las diversas estructuras de la materia jurídica. Así por ejemplo, la búsqueda de un concepto unitario de acción, que se acomode por igual a todas las formas de manifestación del delito, puede ya dar lugar a que la dogmática pase por alto las fundamentales diferencias materiales entre actuación dolosa, actuación imprudente y mera omisión y comience demasiado alto en la elección de sus conceptos. Durante mucho tiempo fueron dominantes teorías según las cuales v.gr. la delimitación entre actos preparatorios y tentativa (§ 22) o entre autoría y participación (§§ 25-27) tenía que efectuarse siguiendo exactamente los mismos criterios; aún hoy la ley no permite reconocer ningún criterio de diferenciación y la jurisprudencia sigue estando aún en los comienzos del desarrollo de soluciones modificativas adecuadas penalmente. Pero si se pasan por alto las diferencias existentes, hay que elegir conceptos que se mantienen en un nivel tan general que ya casi no tienen capacidad expresiva y por ello dan lugar a una considerable inseguridad jurídica.

También radica en la predilección por la abstracción una de las causas de

45 la contumaz persistencia de la teoría subjetiva de la participación (nm. 40). El olvido de todas las diversidades de la materia jurídica permite la aplicación de un criterio aparentemente igual, pero realmente carente de contenido. La verdad es que ya en el estricto grupo de los delitos comisivos dolosos la utilización de un criterio unitario de delimitación desatiende divergencias esenciales en la estructura de los tipos. Pues sólo una parte de éstos describen acciones prohibidas, como lesiones (§ 223), daños (§ 303), etc., mientras que otros, como la gestión desleal (§ 266) o la revelación de secretos privados (§ 203), castigan la infracción de determinados deberes extrapenales. De la diferente configuración de los delitos de acción y los de infracción del deber⁴³ se derivan diferencias significativas para la delimitación entre autoría y participación; pues sólo allí donde la acción constituye el tipo puede ser su dominación (el llamado dominio del hecho) lo característico de la autoría, mientras que en los delitos de infracción del deber la autoría no se fundamenta por ningún dominio externo, sino por la vulneración del deber, y si ésta falta, aunque haya dominio del curso del hecho, ello sólo puede dar lugar a participación.

46 Este ejemplo remite a un problema fundamental de las ciencias del espíritu. Bollnow⁴⁴ ha señalado que el peligro de todas las construcciones sistemáticas es "edificar a la ligera en el vacío de un espacio carente de realidad", indicando

Para más detalles Roxin, *Tatherrschaft*,⁵1989, 352 ss.
Bollnow, 1962, 147.

que hay que estar "en guardia" siempre que "el punto de partida encontrado en un ejemplo se puede trasladar sin *más* al otro". Según él, donde falte la "resistencia de la cosa", el sistema habrá perdido a menudo "el contacto con la realidad". Así queda caracterizado un peligro de todas las construcciones de las ciencias del espíritu, al que también sucumben con demasiada frecuencia los esfuerzos sistemáticos en el campo jurídico.

3. Pensamiento problemático

En vista de las erróneas evoluciones que según lo expuesto puede traer ⁴⁷ consigo igualmente el pensamiento sistemático, cabría pensar en buscar un método científico que parta más del problema concreto y que ofrezca posibilidades de resolverlo justa y adecuadamente partiendo del mismo. Como técnica de dicho "pensamiento problemático (o pensamiento-problema)" ⁴⁵ se ha discutido mucho en la época de la postguerra el procedimiento, que ya aparece en Aristóteles y posteriormente se desarrolla en Cicerón y Vico a efectos retóricos, de la tópica ⁴⁶, que ha hallado gran acogida especialmente en Derecho civil. A ese respecto se entiende por tópica un método de solucionar los problemas por medio de "*topoi*"; y éstos son "puntos de vista aplicables en múltiples aspectos y aceptables con carácter general, que se utilizan en el pro y contra de lo opinado y pueden conducir a lo verdadero" ⁴⁷. Esos "puntos de vista" pueden reunirse en "catálogos de *topoi*" y discutirse en cuanto a su pro y contra en la aplicación al caso concreto, hasta conseguir una coincidencia, un *sensus communis*, sobre la solución. En su aplicación práctica en las actuales circunstancias ello podría producirse aproximadamente del siguiente modo: ante un determinado problema, como sucede con bastante frecuencia en el diálogo científico y en la discusión de las deliberaciones judiciales, primero se pondrían sobre la mesa todas las soluciones y argumentos imaginables, y después en la discusión del pro y el contra se tomaría una decisión susceptible de consenso.

Dicho procedimiento tiene también su función en Derecho penal. Es útil ⁴⁸ para la "primera toma de contacto" con los campos, que también se encuentran en Derecho penal, que el legislador ha dejado abiertos (cfr. § 5, nm. 46-48, 76), así como para el trabajo, previo a la sistematización, de concreción ca-

⁴⁵ La expresión es inexacta en la medida en que también el pensamiento sistemático se ocupa de problemas y resuelve problemas concretos. La diferencia consiste realmente en que en el pensamiento tópico la solución no se obtiene del sistema, sino de la discusión y consenso sobre la concreta constelación de casos. Cfr. Canaris, 1969, 136 ss.

⁴⁶ Quien dio pie a la discusión fue Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, ⁵1974 [= Tópica y jurisprudencia, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1964; N. del TJ. De la discusión (mayoritariamente civilista): Diederichsen, NJW 1966, 697 ss.; Hom, NJW 1967, 601 ss.; Kriele, ²1967, 114 ss.; Canaris, 1969, 135 ss.; Larenz, ⁶1991, 145 ss.

⁴⁷ Así la interpretación del concepto presente por primera vez en Aristóteles que hace Viehweg, ⁵1974, 10.

suística del contenido de conceptos indeterminados y cláusulas generales. También se acomoda bien al control de las soluciones que se pueden obtener del sistema: pues como mejor se reconoce si un resultado es satisfactorio o no, es al examinar, prescindiendo del contexto sistemático, su equidad en todos los posibles aspectos políticojurídicos.

Pero la tópica no puede sustituir al pensamiento sistemático. En efecto, aquélla no sólo vuelve a renunciar a las ventajas prácticas de éste, como la simplificación del examen del caso y la ordenación de la materia verificable y que facilita la aplicación del Derecho, sino que según su punto de partida también es opuesta a la calculabilidad y uniformidad de la decisión judicial, de la que por mor de la seguridad jurídica el Derecho penal depende aún más que otros campos del Derecho. En última instancia, como también ha destacado la crítica extrapenal, es la vinculación a la ley de la ciencia del Derecho lo que hace que el procedimiento tópico sea inidóneo como método general de aplicación del Derecho. "La... cuestión del carácter vinculante de los puntos de vista escogidos en cada caso y de la selección entre ellos sólo puede resolverla la tópica... invocando la 'opinión de todos o de la mayoría o de los sabios', o bien el *common sense*, con lo que se pone en aguda contradicción con la teoría jurídica de la validez o de las fuentes del Derecho"⁴⁸. En Derecho penal, debido a la prohibición constitucional de toda aplicación del Derecho (conforme al pensamiento tópico) que fundamente la responsabilidad penal *per analogiam, praeter legem* o por Derecho consuetudinario (sobre ello *supra* § 5), esa cuestión se plantea de modo mucho más perentorio aún, y en la imposibilidad de la respuesta a la misma estriba la razón por la que la discusión sobre la tópica apenas ha tenido acogida en Derecho penal. El mandato de precisión de la ley le proporciona de antemano la preeminencia al pensamiento sistemático. No obstante, a menudo se pasa por alto que es fructífera y posible hasta un cierto grado una síntesis entre el pensamiento sistemático y el problemático (para más detalles nm. 79 ss.).

V. Bases de un proyecto de sistema teleológico-políticocriminal

1. Sobre la concepción de un sistema de orientación valorativa

Así pues, el sistema es un elemento irrenunciable de un Derecho penal propio del Estado de Derecho. Ahora bien, cuando Hellmuth Mayer⁴⁹ dice: "Como muestra la historia dogmática, la materia puede ser abarcada por los sistemas de referencia más diversos. Todos esos sistemas son aprovechables

⁴⁸ Canaris, 1969, 149; asimismo Diederichsen, NJW 1966, 702. ⁴⁹ H. Mayer, StuB AT, 1967, 58.

sólo con que sean aplicados consecuentemente", sólo puede aprobarse sin reservas la primera frase; la segunda sólo sería correcta si únicamente se tratara de la ordenación externa de la materia. Pero dado que, como hemos visto, los distintos puntos de partida sistemáticos influyen considerablemente en la solución de problemas dogmáticos, y que además las ventajas y peligros del pensamiento sistemático se manifiestan respectivamente como características de determinadas concepciones, la cuestión de cuál es el sistema correcto no es, como frecuentemente se afirma, un ocioso juego con perlas falsas, sino trabajar en el Derecho correcto.

Se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas. Pues si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de antemano la concordancia entre la consecuencia (congruencia) sistemática y la corrección material pretendida, cuya falta ha dado lugar a tantas dificultades. Cuando p.ej. Jescheck⁵⁰ dice que "lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión material, en tanto que las exigencias sistemáticas han de retroceder a un segundo plano", de ese modo se corrigen ciertamente en el caso concreto los defectos descritos en nm. 36 ss. de determinados puntos de partida sistemáticos, pero a costa de descuidar el sistema, sacrificando así las ventajas de éste. En cambio, cuando las finalidades rectoras se convierten directamente en configuradoras del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en el caso concreto (nm. 37-39) en la medida en que ello es posible en un Derecho vinculado a la ley; ya que toda constelación de casos se reconduce al fin de la ley. Por la misma razón, el sistema sólo puede descartar aquellas soluciones de problemas (nm. 40) que sean incompatibles con sus fines. También queda excluida la posibilidad de que las soluciones se produzcan como conclusiones de necesidades sistemáticas axiológicamente ciegas (nm. 41 ss.), puesto que en tal caso ya no estarían cubiertas por el punto de partida sistemático. Es cierto que incluso en un sistema teleológico siempre pueden seguir aflorando contradicciones valorativas insatisfactorias en el caso concreto; pero se pueden eliminar mediante correcciones del sistema —y precisamente ahí radica el progreso científico en este campo— o, cuando se deban a disposiciones legales vinculantes, ponerlas de manifiesto preparando el trabajo para futuras modificaciones legales.

Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo 52 pueden ser de tipo políticocriminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como ins-

Jescheck, AT⁴¹ § 21 I 2.

trunientos de valoración políticocriminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico⁵¹.

a) La acción

En consecuencia, la afirmación de que alguien ha Uevado a cabo una acción es el resultado de una valoración del contenido consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer. Por tanto, la unidad de la acción no es definida por un algo empíricamente preexistente (ya sea la causalidad, la conducta voluntaria o la finalidad) y que estaría por igual en la base de todas las manifestaciones de conducta punible, sino sólo por la identidad del aspecto valorativo: Un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción⁵², por lo que se puede hablar de un "hacer" o "dejar de hacer" y con ello de una "manifestación de la personalidad" (detalladamente al respecto § 8, nm. 42 ss.). Aunque la afirmación de la existencia de una acción aún no lleva unida ninguna valoración negativa (ni tan siquiera provisional, pues tanto las conductas socialmente provechosas como las dañosas son igualmente acciones), no obstante tras esa categoría se encierra un fin políticocriminal: con independencia de su apariencia externa y de las consecuencias causales de la presencia humana, al valorar algo como no-acción queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido.

b) El tipo

En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena; es decir: independientemente de la persona del sujeto concreto y de la concreta situación de la actuación, una acción se declara punible para el caso regular (o sea, a reserva de especiales situaciones y circunstancias de la vida). El fin políticocriminal de dicha conminación penal abstracta es preventivogeneral: Al acogerse una determinada conducta en un tipo se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo (o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada)⁵³.

⁵¹ Cfr. tb. las manifestaciones, orientadas en la misma dirección, de Rudolphi, 1984, 69 ss.

⁵² En ese sentido es por tanto totalmente correcto que Rödig, en su proyecto de una teoría bipartita del delito (Lange-FS, 1976, 56), hable en el injusto de una "directriz de acción dirigida al (potencial) autor". Sólo que está infravalorando (como anteriormente también yo mismo) la función autónoma del tipo.

⁵³ El texto parte por tanto, coincidiendo con la op. absolutamente dorn., de que las normas del Derecho penal se dirigen a los ciudadanos. Frente a esto, Schmidhäuser, 1988, considera destinados exclusivamente a los órganos estatales encargados de la persecución del delito. Contra Schmidhäuser con razón Hoerster, JZ 1989, 10; idem, JZ 1989, 425; contra Hoerster a su vez Schmidhäuser, JZ 1989, 419.

La finalidad preventivogeneral conduce ya de entrada a una doble vía en 55 la interpretación. Por una parte, todo tipo ha de ser interpretado según el fin de la ley (teleológicamente), es decir, de tal manera que se abarquen completamente las conductas desaprobadas legalmente y por tanto carezca de lagunas el efecto motivador preventivogeneral. Pero por otra parte, una prevención general eficaz también presupone una precisión de la ley lo más exacta y fiel a su tenor que sea posible, como lo exige el principio *nullum crimen sine lege* (art. 103 II GG) incluso constitucionalmente (sobre la conexión históricamente existente entre principio de legalidad, tipo y prevención general cfr. § 5, nm. 22 s.). De ese modo el tipo se encuentra de antemano en el campo de tensión entre fin de la ley y precisión de la ley. Cómo se debe resolver el conflicto entre ambas finalidades immanentes a la prevención general es algo que ya se ha expuesto (*supra* § 5, nm. 28).

Pero no sólo la prevención general con sus tendencias ambivalentes, sino 56 también el principio de culpabilidad imprime ya carácter al tipo. Un cometido esencial de la teoría de la imputación objetiva (nm. 25) consiste precisamente en excluir del tipo objetivo, frente a su anterior entendimiento puramente causal, las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de un *versan in re illicita*^M, por infringir el principio de culpabilidad. Así pues, la necesidad abstracta de pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios políticocriminales rectores del tipo; y únicamente la prevención especial es ajena a la interpretación del tipo, ya que la misma presupone un delincuente concreto, que aquí no desempeña aún ningún papel.

c) El injusto

En la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo 57 todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisón o prohibición. En este tercer "escalón del delito" debería hablarse de "injusto" y no de mera "antijuridicidad". Pues así como el tipo acoge dentro de sí la acción (sólo las acciones pueden ser típicas), el injusto contiene acción y tipo: sólo las acciones típicas pueden ser injusto penal. En cambio, la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico: hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho público y no obstante ser irrelevantes a efectos penales; y las causas de justificación también proceden de todos los campos del Derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto (nm. 61-63).

= como consecuencia de una conducta antijurídica cualquiera, no referida al tipo concreto.

En el aspecto políticocriminal el juicio de injusto se caracteriza por tres funciones: soluciona colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes (nm. 59); sirve de punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas (nm. 60); y entrelaza el Derecho penal con todo el ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas (nm. 61-63).

En primer lugar, el injusto desliga el hecho de la abstracta tipificación del tipo: sitúa el hecho en el contexto social y contiene, desde el punto de vista de lo que está prohibido o permitido (en este caso como exclusión del injusto), una valoración de los conflictos de intereses que se derivan de la interacción social; v.gr. entre agresor y defensor (§ 32), entre el salvador y quien debe sacrificar su propiedad y otros bienes jurídicos para la salvación de otros (§§ 904 BGB, 34), entre el Estado ejerciendo la persecución penal y el ciudadano sospechoso (§ 127 StPO), etcétera. Quien en un caso así de conflicto de intereses se entrometa en un bien jurídico típicamente protegido sin estar amparado por una causa de justificación, comete un injusto; o sea, dicho materialmente: se comporta de modo no tolerable y socialmente nocivo. Con ello es cierto que (al igual que con la realización del tipo) aún no se ha dicho nada definitivo sobre la punibilidad (ya que aún puede concurrir una causa de exclusión de la culpabilidad o de la punibilidad). Pero el injusto sí que caracteriza, como dañosidad o nocividad social concreta e intolerable de una conducta, la punibilidad típica (o sea, normal, a reserva de las excepciones citadas) de forma menos abstracta que el tipo, y en esa medida está, como éste, marcado por valoraciones políticocriminales (cfr. tb. nm. 61 s.). Cuando esté excluido el injusto, ello fundamenta además un deber de tolerancia de la otra parte que hace que la resistencia de ésta que encaje en un tipo resulte a su vez un injusto y con ello típicamente (normalmente) punible, por lo que la valoración políticocriminal siempre ha de tener presente el doble aspecto de que la exoneración penal de uno tiene como consecuencia la responsabilidad penal del otro.

En segundo lugar, el injusto es políticocriminalmente importante como presupuesto fundamental de todas las medidas de seguridad (cfr. §§61 ss.). Dado que la intolerable nocividad social constituye el contenido material del mismo, sólo es preciso que se añada la peligrosidad perdurable del autor para desencadenar medidas de seguridad o corrección del Estado. Y como a menudo también es un indicio de la peligrosidad precisamente la forma y clase de realización del injusto, por primera vez penetran también en el injusto valoraciones preventivospeciales. Además hay que mencionar ya aquí que tanto la participación (§§ 26 y 27) como el encubrimiento (§ 257) enlazan con el injusto del hecho principal, y que también el error de prohibición (§ 17) se refiere al injusto: Así como la peligrosidad añadida al injusto hace necesario aplicar medidas, así también los elementos adicionales a la cooperación en el

injusto o a la propia comisión del injusto que son la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena fundamentan la responsabilidad del sujeto individual, que desencadena la pena.

En tercer lugar y por último, el Derecho penal, al reconocer en la valoración 61 del injusto causas de justificación de todo tipo y procedentes de todos los sectores del ordenamiento jurídico, tiene en cuenta los intereses de otros campos del Derecho y garantiza así la unidad y falta de contradicción del ordenamiento jurídico. El Derecho penal protege en las causas de justificación intereses individuales con impacto comunitario (§§ 32 y 34), finalidades de política familiar (como en el derecho de educación y corrección que tienen los padres), necesidades del proceso penal (derecho de detención y otros numerosos derechos de intervención), medidas del Derecho de ejecución forzosa (agentes judiciales) y otras numerosas intromisiones de Derecho público.

Es cierto que la mayoría de las causas de justificación no están reguladas 62 en el Derecho penal y que su efecto justificante tampoco vale sólo para el Derecho penal (sino asimismo p.ej. para acciones impunes, pero civilmente prohibidas, como las desposesiones o las intromisiones en el derecho general de la personalidad). De ahí se podría deducir que las finalidades políticocri-minales son irrelevantes para la dogmática y sistemática de las causas de justificación. Pero ésa sería una deducción prematura. Pues por una parte, ya en el campo del tipo la protección en caso necesario de intereses individuales y colectivos socialmente relevantes es un cometido del Derecho penal; y lo único que se hace con la consideración de las causas de justificación es continuarlo en el injusto. Y por otra parte es innegable que las causas de justificación cobran su mayor importancia práctica en caso de intromisiones en bienes jurídicos penalmente protegidos, con lo que entran aquí en un campo de tensión tendencias en parte altamente explosivas y contrapuestas, que resultan determinantes para la interpretación. Así p.ej. los derechos de intervención procesales y otros de Derecho público pretenden asegurar el cumplimiento de funciones esenciales del Estado; y garantizarlo mediante una interpretación acorde con ese fin, que proteja al funcionario en el desempeño de su cargo e impida la resistencia, es con toda seguridad una finalidad políticocri-minal legítima. Pero por otro lado, la protección de la libertad individual frente a excesos estatales e intromisiones desproporcionadas no es menos importante y constituye una tarea interpretativa del mismo rango. Indudablemente la producción de ese balance normativo no pertenece sólo al Derecho penal, sino que es codeterminada por datos previos del Derecho constitucional y administrativo. Pero ello no se opone a considerar los fines políticocriminales como criterio de la dogmática^{54a}, sino que sólo prueba que los distintos campos del

^{54a} Así, sin embargo, al parecer la amplia crítica de Runte, 1991, 311 ss.

Derecho no están aislados entre sí, sino que se complementan y apoyan recíprocamente.

Una sistematización de las causas de justificación sólo es posible en la medida en que éstas se pueden explicar por la combinación de diversos principios de ordenación social (principio de ponderación de bienes, principio de protección, principio del prevailecimiento del Derecho, principio de autonomía, etc.) (cfr. para más detalles § 14, nm. 37 ss., y respecto de la norma central de intromisión que supone el estado de necesidad justificante, § 16, nm. 3 ss.). Esos principios deciden, según concepciones políticocriminales rectoras diferentes en cada caso, sobre la utilidad o nocividad social y con ello sobre lo justo o injusto de una intromisión típica. También modifican el principio *nullum crimen sine lege*, en cuanto que éste no está aquí necesariamente vinculado al tenor literal, aunque sí a las finalidades en las que se basan los principios ordenadores. Esta modificación se explica porque las causas de justificación pertenecen a todos los campos del Derecho y por eso no están sometidas a unas exigencias de precisión tan estrictas como las reglas exclusivamente jurídicopenales (para más detalles § 5, nm. 42).

d) La responsabilidad

En la categoría delictiva de la "responsabilidad" (sobre ella ya *supra* nm. 26) se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El presupuesto más importante de la responsabilidad es, como es sabido, la culpabilidad del sujeto (sobre el principio de culpabilidad y su fundamentación incluso constitucional según la doc. dom., cfr. ya § 3, nm. 46 s.; detalladamente sobre la culpabilidad *infra* § 19, nm. 16 ss.). Pero ésta no es el único presupuesto, sino que debe añadirse además una necesidad preventiva de punición (cfr. nm. 26 y detalladamente § 19, nm. 1 ss.). Así p.ej., en el denominado estado de necesidad disculpante (§ 35) el autor no sólo actúa antijurídicamente, sino que también **puede** actuar de otro modo y se comporta por ello culpablemente, como se desprende ya del dato de que en los supuestos [de superior exigibilidad] del § 35 12 tiene que soportar el peligro y se le castiga si no lo hace. Si no concurre un supuesto excepcional así, la impunidad no se fundamenta por tanto en la falta de culpabilidad, sino que se debe a que en tales situaciones extremas el legislador no considera que haya una necesidad de pena ni preventivo especial ni general, con lo que por esa razón queda excluida la responsabilidad penal (para más detalles *infra* § 22, nm. 4 ss.). Lo mismo sucede en el exceso en la legítima defensa (§ 33) y en otras constelaciones que aún habrá que discutir.

De ese modo la responsabilidad se presenta en el campo de las determinaciones de la punibilidad como la realización dogmática de la teoría políticocriminal de los fines de la pena (*supra* nm. 26) y por regla general como una

prescripción dirigida al juez para que imponga una sanción⁵⁵. Dentro de esta categoría la concepción básica políticocriminal no se aplica al **hecho** (en el sentido de su necesidad abstracta de pena o de su prohibición concreta), sino al **delincuente**, en cuanto que se pregunta por su necesidad individual de pena.

e) Otros presupuestos de la punibilidad

Por último, los restantes presupuestos de la punibilidad, que sólo desempeñan un papel en algunos pocos preceptos penales, contienen una decisión sobre la necesidad de punición desde puntos de vista situados fuera de la teoría de los fines de la pena y que por consideraciones ajenas al Derecho penal (p. ej. políticas o de Derecho público) precisamente se cruzan en el camino de dichos objetivos penales (en detalle § 23, nm. 21 ss.). Son por tanto cuerpos extraños dentro del Derecho penal y hacen valer, de modo distinto a las causas de justificación (nm. 61-63), otros intereses que aquí reclaman incluso la prioridad frente a las genuinas finalidades jurídicopenales.

Para ilustrarlo con los ejemplos manejados *supra* (nm. 8): si un sujeto que actúa responsablemente ataca o denigra a representantes o símbolos extranjeros, es merecedor de pena. La circunstancia de que el § 104 a haga depender además la punición de que esté garantizada la reciprocidad dimana de motivos puramente de política exterior, concretamente del deseo de que se vean protegidos del mismo modo los intereses alemanes en el extranjero. Y si las injurias en el parlamento quedan impunes, ello no se puede explicar desde puntos de vista jurídicopenales, sino sólo por el hecho de que se pretende que el trabajo parlamentario y la libre expresión dentro de los gremios legislativos no sean impedidos por múltiples procesos por injurias o por el temor a los mismos. Por tanto, es una finalidad jurídicopolítica la que está detrás de esa causa de exclusión de la punibilidad.

2. Dogmática jurídicopenal y política criminal

Si por consiguiente las valoraciones políticocriminales fundamentan el sistema del Derecho penal y la interpretación de sus categorías, necesariamente se plantea la cuestión de la relación entre dogmática jurídicopenal y política criminal⁵⁶. Tradicionalmente se plantean dichas disciplinas más bien en una relación recíproca antagónica. El categórico aforismo de Liszt: "El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal"⁵⁷ sigue influyendo

⁵⁵ Rödiger, Lange-FS, 1976, 57, habla aquí de una "norma dirigida al órgano estatal competente para imponer la pena, y relativa a la clase y presupuestos de una intervención penal respecto del autor".

⁵⁶ Ampliamente al respecto y coincidente en muchos puntos (¡no en todos!) W. Hassemer, 1974.

⁵⁷ v. Liszt (1893), en: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. 2, 1905 (reimpr. 1970), 80. Más detalles al respecto en mi escrito "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 1970, ²1973 [= Política criminal y sistema del DP, trad. e introd. de Muñoz Conde, 1972; N. del T.].

hasta hoy. Sin embargo, esa conocida frase aparece en von Liszt como respuesta a la cuestión de si la "osada nueva construcción de la política criminal", introducida por la escuela sociológica del Derecho penal no tendría que llevar a derruir "ese despreciado edificio de intrincados conceptos que denominamos Derecho penal" y a sustituirlo por esta única frase: "todo ser humano peligroso para la comunidad debe ser inocuizado en interés de la colectividad todo el tiempo que sea necesario". Y entonces Liszt, por razones propias del Estado de Derecho liberal, opone frente a esa concepción la idea del Derecho penal como "Carta magna del delincuente" (cfr. § 5, nm. 3) y como baluarte del ciudadano contra el "Leviatán del Estado". Lo correcto de esa idea con toda seguridad es que la tensión entre la lucha preventiva contra el delito y la salvaguarda liberal de la libertad constituye un problema que actualmente tiene una importancia no inferior a la que tenía en tiempos de Liszt (cfr. detalladamente § 3). Pero la que está superada es la hipótesis de que en esa tensión se expresa una contraposición entre política criminal y Derecho penal: pues el principio "*nullum crimen sine lege*" es un postulado políticocriminal no menor que la exigencia de combatir con éxito el delito; y no sólo es un elemento de la prevención general (nm. 55; § 3, nm. 21 ss.; § 5, nm. 22 s.), sino que la propia limitación jurídica del *ius puniendi* es también un objetivo importante de la política criminal de un Estado de Derecho⁵⁸. Por tanto, de la elaboración sistemática de exigencias del Estado de Derecho no se puede obtener ningún argumento a favor de la contraposición entre Derecho penal y política criminal o en contra de la sistematización conforme a puntos de vista rectores de política criminal.

69 Ahora bien, también se puede llegar a la tesis de que el pensamiento dogmático penal y el políticocriminal están estrictamente separados si se considera —lo que es correcto como punto de partida (cfr. nm. 1)— como objeto de la dogmática jurídicopenal el Derecho vigente (el Derecho tal como es), y en cambio como objeto de la política criminal la configuración deseable del Derecho (el Derecho como debería ser). Dogmática y pensamiento sistemático serán entonces formas de la hermenéutica, o sea de la interpretación comprensiva de un texto previamente dado, mientras que la política criminal se preocupará de desarrollar e imponer nuevas concepciones de los fines jurídicopenales⁵⁹. Pero de ese modo se exagera la diferencia (ciertamente existente) entre dogmática y política criminal. En efecto, la aplicación del Derecho es, como ya sabemos (§ 5, nm. 27-32), mucho más que la aplicación, subsumible

⁵⁸ En cambio, la vieja posición de Liszt sigue siendo repetida hoy por Stratenwerth (en una recensión de mi escrito "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem" [1970] en: MSchrKrim 1972, 196 s.; ver al respecto mi crítica en la 2.^a ed. [1973], 45 s.). Exactamente igual que aquí, en cambio, la recensión de Heinitz, ZStW 83 (1971), 756 ss. (759).

⁵⁹ Cfr. al respecto p.ej. Zipf, ZStW 89 (1977), 707 ss. (708), en su recensión de la 2.^a ed. de mi trabajo cit. en n. 58.

en el procedimiento de conclusión lógica, de una ley ya determinada en sus detalles; más bien es la concreción del marco de la regulación legal, y en la elaboración creadora (o sea, desarrollo y sistematización) de las finalidades legislativas ella misma es política criminal revestida del manto de la dogmática. Por tanto, la misión interpretativa de la dogmática requiere ya una sistematización bajo aspectos teleológico-políticocriminales. En consecuencia, el Derecho como es y el Derecho como debería ser no son aspectos contrapuestos en la medida en que lo que hay que elaborar interpretativamente como Derecho vigente supone el resultado de la ulterior reflexión que hay que efectuar sobre las concepciones y finalidades del legislador. El dogmático (sea científico o juez) debe por tanto argumentar políticocriminalmente como el legislador; en cierto modo tiene que acabar de dibujar en todos sus detalles la imagen o modelo del Derecho vigente que el legislador sólo puede trazar a grandes rasgos ⁶⁰.

Sin embargo, eso no significa que la política criminal dogmática y la legis- 70 lativa tengan las mismas competencias; dicha hipótesis equipararía al juez con el legislador e infringiría el principio de división de poderes y de legalidad. Por el contrario, la dogmática (incluyendo la sistemática de la teoría general del delito) tiene que ejercer política criminal en el marco de la ley, es decir dentro de los límites de la interpretación. Por ello choca en la interpretación del Derecho vigente con las dos barreras que ya conocemos (§ 5, nm. 27-32): no puede sustituir las concepciones y finalidades del legislador por las suyas, y tampoco puede, allí donde en la Parte general rige el límite del tenor literal del principio de legalidad, procurar imponer el fin de la ley en contra de un tenor literal opuesto a ello. Ambas cosas precisan una breve explicación.

De la vinculación de la dogmática a las finalidades políticocriminales del 71 legislador se deriva p.ej. que en el desarrollo de los principios ordenadores que en las colisiones de intereses deciden sobre la utilidad o nocividad social y con ello sobre la antijuridicidad de una conducta (cfr. nm. 63), lo decisivo son los principios deducibles del ordenamiento jurídico, y no las concepciones valorativas personales del intérprete. E igualmente sucede en la categoría de la responsabilidad, si se la interpreta y sistematiza según los puntos de vista políticocriminales de la teoría de los fines de la pena (cfr. nm. 64), que no depende de las opiniones que tenga el científico o el juez sobre los fines de la pena, sino que hay que tomar como base los objetivos que se pueden extraer de las causas de exculpación expresamente descritas en la ley y de los aspectos jurídicoconstitucionales que en su caso las informan.

⁶⁰ Para más detalles sobre la relación entre dogmática y legislación en Derecho penal, Maiwald, 1989, 120, que subraya "que no existe un límite preciso entre política criminal, Derecho constitucional y dogmática del Derecho penal".

Pero por otra parte esa vinculación le permite también a una dogmática que argumente políticocriminalmente la libertad de elaborar nuevas perspectivas; pues precisamente en la Parte general el legislador ha regulado muchas materias sólo con rasgos vagos o no las ha regulado en absoluto (cfr. § 5, nm. 46-48, 76), por lo que aquí la transformación de los principios rectores del Derecho penal en Derecho aplicable se ha dejado casi por completo en manos de la dogmática. Además, incluso los principios que rigen al legislador frecuentemente son algo de lo que éste, que no es una persona individual, no ha llegado a ser consciente, sino que sólo pueden obtenerse de la interpretación de múltiples preceptos concretos y han de ser expuestos a la luz del conocimiento. Del mismo modo que a veces el intérprete puede entender mejor un texto literario que el propio autor, también puede a menudo el científico o el juez instruir al legislador sobre los principios que se desprenden de sus normas, pero que él mismo no ha tenido presentes con claridad. Así p.ej. el desarrollo del estado de necesidad suprallegal (nm. 35) fue un producto de la dogmática creadora que, aunque se mantenía dentro del marco de la ley, ha hecho posibles soluciones de conflictos sociales que no había imaginado el legislador.

Los límites de lo dogmáticamente admisible se traspasan en cambio cuando se elige una solución por razones políticocriminales —por muy loables que sean— para eludir una finalidad legislativa que se considera equivocada. Un conocido ejemplo de ello es la rigidez de la pena de reclusión perpetua con la que se castiga el asesinato (§ 211), que los tribunales consideran (¡con razón!) que en algunos casos es demasiado dura y políticocriminalmente equivocada. Y por eso en ocasiones han interpretado la ley (§§ 25-27) calificando sólo como complicidad pese a haberse cometido de propia mano el asesinato, para poder aplicar un marco penal atenuado (§ 27 II)⁶¹. Ello da lugar sin duda a un resultado deseable, pero es dogmáticamente incorrecto, puesto que quien "comete... por sí mismo" el hecho es autor no sólo según el tenor literal del § 25 I, sino también según el sentido de la autoría como tipicidad (cfr. nm. 45). La ilegal transformación en una complicidad supone en definitiva una corrección de la (incorrecta) decisión sobre el marco penal adoptada en el § 211 por el legislador, corrección que le está vedada al juez. En un caso así a la dogmática sólo le queda el recurso de apelar al legislador. Y la solución adoptada posteriormente por BGHSt 30, 105 ss., de acudir al marco penal atenuado del § 49 I 1 ante la falta de proporcionalidad de la pena de prisión perpetua, que excede de la medida de la culpabilidad, también está expuesta a similares reparos; pues, aun en el hipotético caso de que fuera inconstitucional la pena de prisión perpetua, el juez no puede usurpar el lugar del legislador fijando autónomamente nuevos marcos penales. La solución correc-

Cfr. sobre ello Roxin Tatherrschaft, ⁵1989, 562 ss., 615 ss.

ta habría consistido en interpretar el tipo del § 211 restrictivamente y de un modo adecuado al principio de culpabilidad.

Algo similar sucede respecto de la segunda vinculación a la que está sometida una dogmática y sistemática orientada políticocriminalmente: el límite del tenor literal, que dentro de su ámbito de vigencia (sobre ello § 5, nm. 40 ss.) tampoco se puede traspasar cuando el mismo se oponga a la realización de los objetivos legales. Así lo pone de manifiesto el caso —utilizado ya varias veces como ejemplo (§ 5, nm. 41, y *supra* nm. 41-43)— de la suposición errónea del dolo del autor. Teleológicamente lo correcto en un caso así sería no absolver, sino castigar por participación (ver nm. 43); pero el tenor literal de la ley, que ahora requiere inequívocamente el dolo del autor, lo prohíbe (ver § 5, nm. 41). De todos modos, la dogmática tiene aquí el cometido de mostrar que otra solución distinta sería correcta según las concepciones y finalidades del legislador; pero lo que no puede es dar como si fuera Derecho vigente lo que ella considera correcto.

3. Las categorías del delito como aspectos de enjuiciamiento

Sistematizar la teoría del delito del modo que se ha expuesto no significa una renuncia a las categorías delictivas tradicionales, sino sólo una estructuración distinta de las mismas (aunque al entender la culpabilidad como "responsabilidad" también se extraen consecuencias terminológicas de la ampliación del aspecto valorativo a toda la teoría de los fines de la pena). Por eso es en principio certera la afirmación de Welzel⁶²: "En la división del delito en los tres elementos tipo, antijuridicidad y culpabilidad es donde veo yo el progreso dogmático más importante de las últimas dos a tres generaciones". Un sistema teleológico-políticocriminal tampoco es más que un ulterior desarrollo de la síntesis neoclásico-finalista y no se desvincula del contexto de la tradición histórica dogmática.

Ahora bien, una diferencia metodológica esencial frente a otros proyectos (en los que por regla general eso queda como mínimo poco claro) consiste⁶³ en que un sistema políticocriminal no conduce a una "división" de la conducta delictiva en una multitud de "elementos" que han de ser "ubicados" en algún "escalón" de la estructura del delito. Por el contrario, desde el punto de vista aquí mantenido la acción delictiva es siempre una unidad inseparable, y el significado de las categorías del delito no consiste en descomponer y desgarrar un todo con sentido psico-físico-social, que sólo posteriormente tendría que reagruparse como "edificio del delito" a partir de sus componentes parciales.

⁶² Welzel, JuS 1966, 421.

⁶³ Cfr. para más detalles al respecto mi artículo sobre "idea jurídica y materia jurídica": "Rechts idee und Rechtsstoff", Radbruch-GS, 1968, 260 ss. Totalmente coincidente Schild en su monografía, próxima a la concepción aquí defendida: Die "Merkmale" der Straftat und ihres Begriffs, 1979.

Mediante las categorías delictivas lo que se expresa es únicamente que en cada caso y bajo diversos aspectos valorativos hay diversos "momentos" del suceso que resultan significativos jurídicopenalmente.

Así p.ej. la situación de estado de necesidad del § 35 es primariamente relevante en el aspecto de la responsabilidad (excluida) y por eso se examina por regla general dentro de esa categoría. No obstante, la salvaguarda de un bien jurídico (aunque no sea de superior valor), que pese a todo también concurre en la acción de estado de necesidad, y la consiguiente menor dañosidad social de dicha conducta dan lugar a que desde el punto de vista valorativo de la antijuridicidad se acepte junto a ello la existencia de una causa de atenuación del injusto, lo que puede tener asimismo importancia en otros contextos jurídicos —v.gr. para enjuiciar una participación—. Por eso sería totalmente equivocado pretender, como frecuentemente sucede cuando se maneja un sistema estructurado no por puntos de vista valorativos, sino según "elementos" materiales, que de la ubicación del estado de necesidad disculpante en la categoría de la responsabilidad se deriva que el mismo no se puede tratar ya antes —o sea en el injusto—; por el contrario, dicho estado de necesidad también es relevante, aunque de otro modo, a efectos del injusto. Igualmente, la tan discutida cuestión de si el dolo "pertenece" al injusto o a la culpabilidad (cfr. nm. 12, 14, 15, 21, 37-39) es para el sistema polícticriminal una alternativa planteada erróneamente, ya que el dolo puede ser significativo desde ambos puntos de vista en contextos jurídicos respectivamente diversos.

Asimismo, el punto de partida teleológico-polícticriminal impide que de la adscripción de elementos "materiales" concretos a determinadas categorías delictivas se deduzcan conclusiones que estén en contradicción con las valoraciones polícticriminales decisivas. Así p.ej., desde la perspectiva de dicha concepción es inadmisibles desarrollar la delimitación entre autoría y participación a partir de la división material entre componentes objetivos y subjetivos de un delito (cfr. nm. 40) o fundamentar la solución de los problemas de error con la posición sistemática del dolo (cfr. nm. 37-39). Por el contrario, de antemano sólo es posible solucionar tales problemas acudiendo a las valoraciones rectoras polícticriminales que han penetrado en las categorías del delito. En cambio es perfectamente admisible derivar de aquellos principios valorativos, en los que se puede demostrar que se basan las concretas regulaciones legales, nuevas soluciones que prosigan el perfeccionamiento del Derecho. Un buen ejemplo de ello es el desarrollo del estado de necesidad supralegal, que se efectuó en un procedimiento de ese tipo (nm. 35).

4. La teoría teleológico-polícticriminal del delito y el método de la elaboración sistemática y conceptual

De lo expuesto resulta que los peligros que amenazan al pensamiento sistemático, de descuidar la justicia en el caso concreto, de reducir las posibilidades de solución del problema y de que la deducción sistemática y la corrección axiológica vayan cada una por su lado, los excluye ya desde el comienzo la concepción aquí defendida en la medida en que ello es posible dentro del marco de los principios polícticriminales brindados por el legislador (cfr. nm. 51 s.). Pero también se pueden evitar las dificultades que nacen de la conceptualidad excesivamente abstracta de los anteriores intentos de sistematización (nm. 44-46), si se sigue el camino de sistematización aquí propuesto.

De todos modos hay que tener claro de entrada que un sistema deductivo 80 cerrado y derivado de unos pocos supraconceptos axiomáticos, como el elaborado por la moderna teoría científica como ideal para las matemáticas y la lógica, en la ciencia del Derecho nunca ha sido intentado seriamente ni tampoco sería practicable⁶⁴. En ese sentido algunas críticas al pensamiento sistemático que se hacen en la ciencia del Derecho (sobre todo por los partidarios de la tónica) se han dirigido contra un procedimiento que ya de entrada ni siquiera se plantea aquí. Pero de todos modos, v. Liszt, uno de los padres del sistema "clásico", hasta sus últimas obras le planteaba a la ciencia del Derecho penal la tarea⁶⁵ de: "... concebir, en una consideración puramente técnico-jurídica, el delito y la pena como generalizaciones conceptuales; y desarrollar los preceptos concretos de la ley, elevándose hasta los últimos conceptos básicos y principios, para formar un sistema cerrado". Y Radbruch⁶⁶ habla a este respecto de una sistemática de la clasificación, que "descienda desde los conceptos-género, añadiendo elementos diferenciadores, a conceptos-especie y a conceptos-especie cada vez más estrictos"; a ese respecto la acción funciona como concepto-género (*genus proximum*), al que se vinculan tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como conceptos-especie diferenciadores (*differentia specifica*).

Tal sistema de conceptos firmemente definidos y enlazados lógicamente 81 puede, en efecto, fácilmente dar lugar a que por la vía de la subsunción y deducción aparentemente obligada no se llegue al resultado políticocriminal-mente correcto y se caiga en los peligros que se han señalado más arriba (nm. 36-46) como especialmente próximos al pensamiento sistemático. En cambio, una concepción que sistematiza por aspectos valorativos, trabaja de modo predominante sólo en los tipos de la Parte especial con conceptos que estén definidos de tal modo que su contenido se podría delimitar exactamente mediante la exhaustiva indicación de elementos siempre ineludibles. Pero si p.ej. se sistematiza el injusto desde el punto de vista de la dañosidad o nocividad social y la culpabilidad desde el de la responsabilidad orientada a los fines de la pena, entonces no se trata de definiciones conceptuales, en las que se pueda subsumir, sino de aspectos rectores, de criterios axiológicos, que han de ser desarrollados precisamente en la materia jurídica. Ese procedimiento

⁶⁴ Cfr. al respecto Engisch, 1957, 173 ss.; Canaris, 1969, 25 s.; Schünemann, 1984, 6 ss. [= El sistema moderno del DP, 1991, 34 ss.; N. del T.]. Hruschka, JZ 1985, 1 ss., opina que la doctrina jurídicopenal no dispone "de una teoría bien ordenada, estructurada y comprensiva de su ámbito objetivo"; para ello toma "como baremo la geometría y la física teórica" (p. 2). Pero dicho baremo no puede ser ¡el de la ciencia del Derecho!

⁶⁵ v. Liszt, StrafR., ^{21/22}1919, 1 s. [= Tratado I, 2.* ed. españ., 1926, 6; N. del T.]; es fundamental respecto de su teoría del delito su trabajo "Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche", ZStW 6 (1886), 663 (= Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1.1, 1905 [reimpr. 1970], 212 ss.).

• " Radbruch, Frank-FS, t. I, 1930, 158.

obliga a entrar en los supuestos de hecho de la vida, y a elaborar con la mayor exactitud posible el modo en que las finalidades jurídicas, a la vista de la multiplicidad de datos reales, pueden madurar resultados asimismo muy variados y ajustados a las respectivas circunstancias. Por tanto, dicho sistema está en gran medida orientado a las consecuencias ⁶⁷. Y para el mismo, dejando aparte las categorías superiores del delito, la ordenación por principios y la utilización de "conceptos concreto-generales" ⁶⁸, cuyo contenido sólo surge ⁶⁹ de los resultados cambiantes de la interpenetración de la finalidad general y la respectiva materia jurídica particular, le resulta más adecuada que el extendido procedimiento de la deducción conceptual.

Un método así es mucho más cercano a la vida, más ajustado al caso y más flexible que el de un sistema fijamente empeñado en la definición. Además, una ventaja esencial frente al sistema "cerrado" postulado por von Liszt radica en el hecho de que el punto de partida teleológico está abierto a nuevos supuestos de hecho de la vida. Por eso, en él no puede ocurrir que un supuesto de hecho de la vida que hasta el momento no se había tenido en cuenta no encaje en el sistema y resulte jurídicamente irresoluble, sino que incluso una nueva manifestación real podrá ser conducida bajo el aspecto axiológico jurídicamente decisivo a una solución cortada a su medida. Por consiguiente estamos aquí ante un sistema "abierto", que evita tanto las unilateralidades del sistema conceptual de viejo cuño, como las de la tópica desligada del sistema, y constituye una síntesis de las ventajas de ambos ⁷⁰.

La "resistencia de la cosa" (*supra* nm. 46), que suele pasar por alto un sistema de definiciones abstractas, es por tanto para una concepción teleológico-políticocriminal una guía hacia la solución correcta. Gustav Radbruch, en los últimos años de su vida, intentó expresar gráficamente ese hallazgo —que contradecía su ideal sistemático original, aprendido de Liszt— con estas palabras ⁷¹: "La idea artística es una si se ha de realizar en mármol, otra distinta si se ha de plasmar en bronce... Así también las ideas jurídicas están... determinadas conforme a su esencia para y por la materia jurídica". Por tanto

⁶⁷ En cambio, Luhmann, 1974, 38, opina que existen "pocas esperanzas en que la orientación a las consecuencias pueda lograr una función constitutiva para la formación de conceptos y teoría en la dogmática jurídica". No obstante, restrictivamente defiende precisamente respecto del Derecho penal la concepción de que "la posibilidad de orientarse... en procesos jurídicos de decisión... hacia las posibles repercusiones de esta o aquella alternativa de decisión" podría tener una "importancia bien legítima". Cfr. por lo demás sobre las "tesis de Luhmann sobre dogmática jurídica" Larenz, ⁶1991, 229 ss., que critica con razón la predilección de Luhmann por el pensamiento "clasificatorio-conceptual" también respecto del Derecho civil.

⁶⁸ Cfr. al respecto Roxin, *Tatherrschaft*, ⁵1989, 527 ss. (531); además Larenz, ⁶1991, 457 ss.

⁶⁹ El término "concreto": del lat. *concrecere* = surgir, nacer.

⁷⁰ Sobre la compatibilidad de pensamiento sistemático y tópica cfr. tb. v.gr. Horn, *NJW* 1967, 601 ss. (606); para más detalles sobre la necesidad de un "sistema abierto" Schünemann, 1984, 8 ss. [= El sistema moderno del DP, 1991, 37 ss.; N. del T.].

⁷¹ Radbruch, *Laun-FS*, 1948, 163.

no es cierto que un sistema racional-final como el aquí defendido desarrolle sus soluciones sin tener en cuenta las circunstancias reales ^{71a}. Es cierto que una "lógica real" o una "naturaleza de las cosas" no pueden proporcionar un criterio de valoración jurídica, pero el resultado concreto no surge nunca de los puntos de vista normativos rectores como tales, sino sólo y siempre de su aplicación a las peculiaridades de los diferentes supuestos de hecho, por lo que en los apartados siguientes frecuentemente se destacarán soluciones distintas según los grupos de casos ⁷². Todo esto no se puede exponer por anticipado detalladamente, sino que aquí sólo cabe hacer una caracterización de ello en cuanto a su método y a las valoraciones decisivas y el resto deberá irse desarrollando paso a paso al penetrar en la amplia materia jurídica. "Lo verdadero es el todo" (Hegel).

^{71a} En este sentido los ataques que Küpper, 1990, dirige contra una "dogmática jurídicopenal normativista" unilateral no afectan al punto de vista aquí mantenido. Lo que sí es cierto es que la validez general, y que rebasa las fronteras de los Estados nacionales, de las perspectivas de la dogmática jurídicopenal se basa no tanto en circunstancias dadas ontológicas o lógico-reales (así sin embargo Hirsch, Spindel-FS, 1992, 43), cuanto en el consenso sobre las finalidades políticocri-minales rectoras elaborado en el intercambio internacional de opiniones y en la discusión común de las diversas posibilidades de resolver los problemas. El hecho de que diversos ordenamientos jurídicos adopten en su caso decisiones axiológicas divergentes no obsta a la crítica de esas soluciones conforme al estado del conocimiento dogmático penal internacionalmente alcanzado.

⁷² En esa medida resultan efectivamente relevantes los datos y leyes empíricas; cfr. sobre "Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik" ("ciencias sociales y dogmática jurídicopenal") Mül-ler-Dietz, 1971, 105. Asimismo la circunstancia de que no es infrecuente que los legisladores de diversos ordenamientos jurídicos nacionales elijan soluciones dogmáticas distintas, también puede (¡pero no necesariamente ha de ser así!) encontrar una justificación en ello.